This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

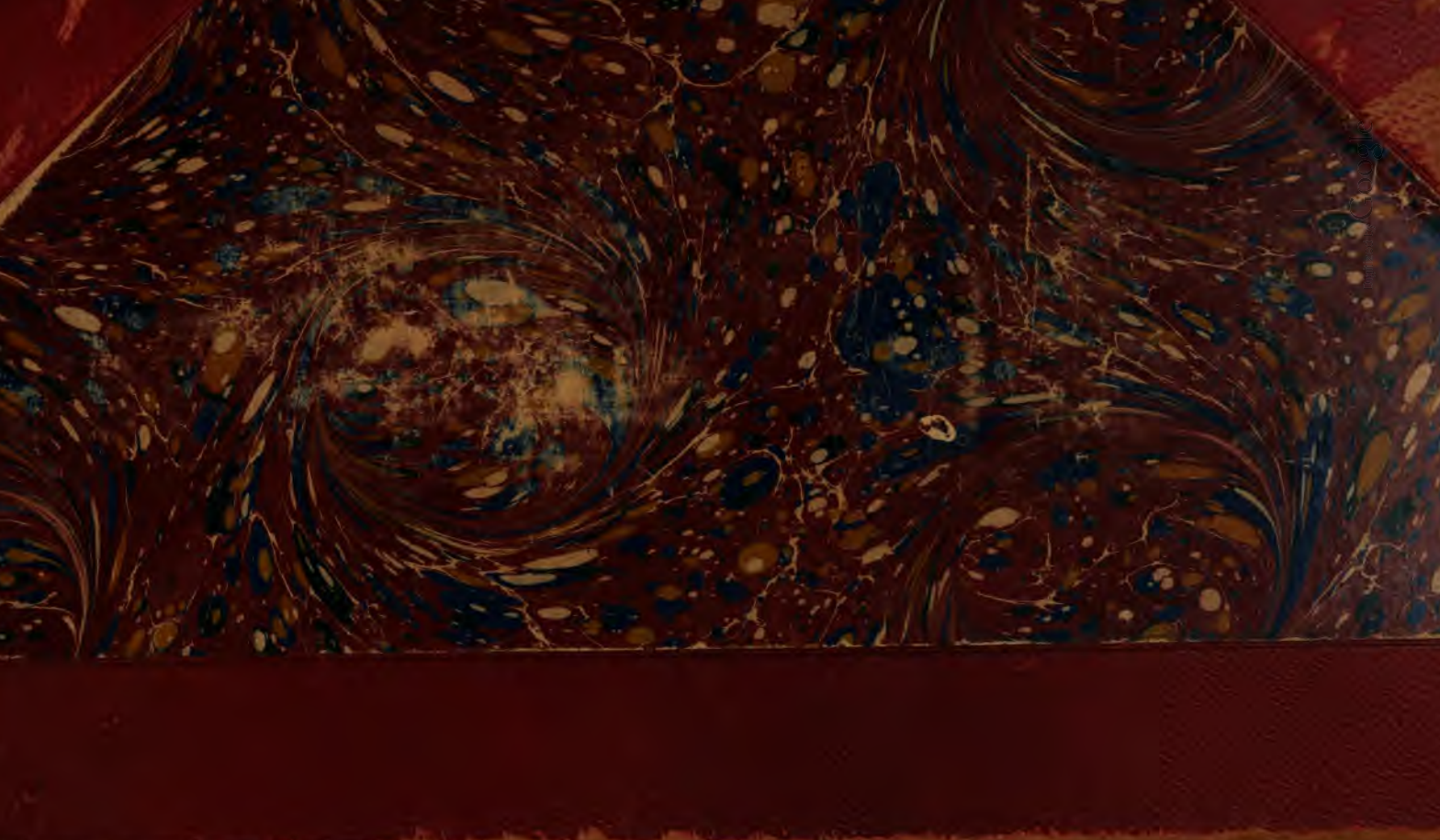
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



AH 7198.66.8

Harvard College Library

THE GIFT OF

STEPHEN SALISBURY,

OF WORCESTER, MASS.

(Class of 1817.)

28 July, 1900.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Dritter Theil.

Erſte Abtheilung.

Digitized by Google

Digitized by Google

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Ihering,
Geh. Justizrathe u. ordentl. Professor der Rechte zu Göttingen.

Dritter Theil.

Erste Abtheilung.

Vierte verbesserte Auflage.

Leipzig
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel
1888.

Digitized by Google

VI 10792
AH 7198.66.8

HARVARD COLLEGE
JUL 28 1900
LIBRARY.

Salisbury fund
(III 1)

Digitized by Google

Inhalt des dritten Theils.

Erſter Abſchnitt.

Zuſammenhang mit dem Früheren.

B. 2. Abth. 2 (§. 37—41).
A. Das Weſen der Technik im Allgemeinen.
B. Die Technik des älteren Rechts.
(1) Die Jurisprudenz (§. 42).
(2) Haften des Rechts an der Aeußerlichkeit (§. 43—47).
B. 3. Abth. 1.
(3) Die juriſtiſche Kunſt (§. 48—58).
I. Die Analytik des Rechts.
II. Die juriſtiſche Oekonomie.

Die juriſtiſche Kunſt.

§. 48. Gegenſatz des folgenden Abſchnittes zum vorhergehenden. — Die ſpecifiſch-juriſtiſche Kunſt — ihr Antheil an der urſprünglichen Bildung des Rechts — ihr Charakter. S. 1—11.

I. Die Analytik des Rechts. §. 49—55.

§. 49. Ueberſicht. S. 11—14.

A. Der Proceß.

1. Analytiſcher Mechanismus desſelben.

§. 50. Relativ frühe Entwicklung des Proceſſes — Antheil des analytiſchen Gedankens an der Organiſation des altrömiſchen Proceſſes — Der Zerſetzungszwang des Actionenſyſtems — Fixirung des Moments der Litis-Conteſtation — Idee der proceſſualiſchen Cäſur. S. 15—26.

Digitized by Google

2. Die Actionen processualische Reagentien.

§. 51. Casuistische Erläuterung — Unzulässigkeit der Klagencumulation — Das Gesetz der Scheidung der Klagen — Auffindung desselben auf inductivem Wege — Individualitätsmoment des Eigenthums, der Obligation und des Erbrechts — casuistische Erprobung des Gesetzes. S. 27—48.

3. Die Vertheidigung.

§. 52. Aelteres und neueres System derselben — Vertheidigung in Form der Negation (Formulirung der Klage in jus und in factum) — Spielraum derselben im Vergleich zur Exception — Möglichkeit der Geltendmachung eines Gegenanspruches in processualisch unsichtbarer Form (Rechtssätze mit Exceptionszweck) und in processualisch sichtbarer Form (Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts — Substituirung einer anderen Klagformel im Interesse des Beklagten — Doppelklage) — Vertheidigung in Form der Klage — die processualische Strafklage und die leges minus quam perfectae — Gesammturtheil über den analytischen Mechanismus des alten Processes. S. 48—133.

B. Das Rechtsgeschäft.

§. 53. Correspondenzverhältniß in der Structur des Processes und Rechtsgeschäfts — Der Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses. — Der Gedanke der Concentration des Rechtsgeschäfts: Simultaneität des Akts, des Thatbestandes und der Wirkungen (Bedingung und dies). S. 134—178.

C. Die abstracte Analyse.

1. Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper.

§. 54. Gegensatz des älteren und neueren Rechts — Zusamme gesetzte und einfache Rechtskörper — Maßstab der Einfachheit — juristische Gestaltung des Obligationselements in nicht-obligatorischen Verhältnissen (analytische Composition der alten reivindicatio) — Prüfung der Rechte vom analytischen Standpunkt — Gedanke der Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse. S. 178—205.

2. Analytische Vereinfachung des Thatbestandes.

§. 55. Vereinfachung des Thatbestandes im Interesse des Beweises — Ausscheidung lösbarer Elemente in Form selbständiger Begriffe und Verhältnisse — die abstracte Eigenthumsübertragung (doppelte Beurtheilung desselben Aktes vom Standpunkt des Eigenthums und der Obligation aus) — Die abstracte Obligation (die act. receptitia) —

Digitized by Google

Der abstracte Rechtsträger (die juristische Person) — Anwendung des Grundsatzes in den Verhältnissen des öffentlichen und des Privatrechts — System der politischen Vitiosität — Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. S. 206—241.

II. Die juristische Oekonomie.

1. Bestreitung der Bedürfnisse auf einfachem Wege.

§. 56. Das Gesetz der Sparsamkeit — Die Kunst sich zu behelfen — Der einfache und künstliche Weg — Exemplification des ersteren an einer Reihe von Beispielen. S. 242—261.

2. Die Schleichwege des Lebens.

§. 57. Die Verwendung der Rechtsverhältnisse im Leben — Mißbrauch der Familienverhältnisse — Mittel zur Vereitelung der erbrechtlichen Beschränkungen. S. 262—276.

3. Die künstlichen Mittel.

§. 58. Die Constructionshandlungen — Die Scheingeschäfte — Die coemptio fiduciae causa — Theorie der Scheingeschäfte — Dogmatische Selbständigkeit derselben — Adoption zum Zweck der transitio ad plebem und adoptio regia — Die Fictionen S. 277—310.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte.

(Correspondirt dem Abschnitt: allgemeine Charakteristik des Rechtssystems §. 23—58).

Der Abschnitt zerfällt in zwei Unterabschnitte:

A. Allgemeine Theorie der Rechte.
B. Die einzelnen Rechte.

Allgemeine Theorie der Rechte.

Die Rechte des älteren Privatrechts.

§. 59. Historischer Charakter der Grundbegriffe des älteren Rechts — ihre Veränderlichkeit — Die wahren Quellen derselben — Ueberschätzung des logischen Elements im Recht. S. 311—326.

Digitized by Google

I. Begriff des Rechts.

1. Das substantielle Moment des Rechts.

§. 60. Unzulänglichkeit des Willens- und Machtbegriffs für die Definition des Rechts — Das substantielle Moment des Rechtsbegriffs und die damit gegebenen Begriffe: Nutzen, Gut, Werth, Interesse — Die praktische Verwirklichung des Rechts: der Genuß. Die verschiedenen Formen des Genusses. Die Dispositionsbefugniß ein Wahlrecht in Bezug auf die Genußformen. S. 327—350.

2. Das formale Moment des Rechts.

§. 61. Der Selbstschutz der Interessen oder die Klage — Die Grenze dieses Schutzes — Klagmechanismus und Recht der Destinatäre im Verhältniß der Corporationen und Stiftungen — Rechtsverhältnisse an res religiosae und publicae (Recht des Gemeingebrauchs) — Gegensatz des Individual- und Gemeinrechts — Der Besitz und die bonae fidei possessio. S. 351—368.

Digitized by Google

Vorrede

zur vierten Auflage.

Bei der dritten Auflage des gegenwärtigen Bandes war ich durch äußere Umstände verhindert, denselben einer genaueren Durchsicht zu unterwerfen. Dies ist bei der jetzigen nachgeholt worden. Ein Theil der Arbeit: die Vergleichung und Berichtigung der Quellencitate ist mir von einem meiner früheren Zuhörer: Herrn Dr. Carl Wilhelm in Graz abgenommen worden, ein anderer: die Revision der Correcturbogen von einem jüngeren Collegen: Herrn Assessor Dr. Goldschmidt, Privatdocenten bei der hiesigen juristischen Fakultät, und ich benutze diese Gelegenheit, um ihnen dafür öffentlich meinen Dank auszusprechen.

Ich meinerseits habe diesen Band einer genaueren Durchsicht unterzogen. Zu erheblichen Aenderungen habe ich keinen Anlaß gefunden, und der Text ist, von bloßen stylistischen Aenderungen abgesehen, derselbe geblieben. Nur zweimal habe ich mich genöthigt gefunden, ihn umzuarbeiten, einmal S. 329—331 (Bedeutung des Willens für das Recht im subjectiven Sinn) und S. 352 (Möglichkeit der Annahme des Rechts in diesem Sinn auch bei Mangel der Privatklage). Dagegen sind in den Noten einige meines Erachtens nicht unwichtige Zusätze hinzugekommen, in denen ich Ansichten, zu denen ich inzwischen gelangt bin, kurz angedeutet habe. Ich hebe dieselben hier hervor, um Diejenigen, für welche dieselben ein Interesse haben sollten, darauf aufmerksam zu machen. Es sind folgende.

Auf S. 102 der Zusammenhang des ältesten Vindications-

Digitized by Google

verfahrens mit dem System der Selbsthülfe (B. I § 11—11c). Bekanntlich hatte der Richter bei demselben nicht darüber zu erkennen, wer von beiden Theilen Eigenthümer sei, sondern wer von ihnen mit Unrecht vindicirt habe. Darunter versteht die herrschende Ansicht: vor Gericht. Meiner Ansicht nach ist es auf den außergerichtlichen solennen Akt der Geltendmachung des Eigenthums durch Eigenmacht zu beziehen, der dem gerichtlichen Akt vorausging, auf ihn weist das »sicut dixi« bei Gaj. IV 16 hin, hier ward der Grund, auf den beide Theile ihren Eigenthumsanspruch stützten, namhaft gemacht. Von der beabsichtigten Vornahme desselben ward der Besitzer durch den Kläger unter Angabe der Zeit im voraus verständigt, darnach hieß derselbe vindicatio*). Beide Parteien stellten sich dann zur bestimmten Zeit ein, indem sie die Zeugen, welche über ihre Eigenthumsansprüche auszusagen vermochten (superstites), mitbrachten. Ihre Aussagen konnten in manchen Fällen darnach angethan sein, den Streit sofort in der Geburt zu ersticken, dann geschah, was ihnen zufolge zu geschehen hatte: der unterliegende Theil fügte sich. Der technische Ausdruck dafür war cedere re, wie sich aus in jure cessio ergiebt. Der Besitzer gab die Sache gutwillig heraus, oder sein Gegner trat zurück. Wurden sie nicht einig, so verfügten sie sich mit den Zeugen sofort vor Gericht (superstitibus praesentibus nach Festus), und es ward jetzt ein Verfahren eingeleitet, bei dem sie zur Constatirung der Thatsache, daß sie auf ihrem Eigenthumsanspruch beharrten, vor Gericht den außergerichtlichen Akt des vindicare zu wiederholen hatten, und bei dem dann der Richter über die Legalität des letzteren zu erkennen hatte, ganz so wie er dies bei der legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem über die außergerichtlich vorgenommene manus injectio und pignoris capio zu thun hatte. In allen drei Fällen handelte es

*) Von vim dicere = Ansage der Gewalt, nicht wie B. 1 S. 163 Anm. 69 mit der herrschenden Ansicht früher von mir angenommen ward, = Scheingewalt, dicere hat im ältesten Proceß überall die Bedeutung von ankündigen: condicere, jus dicere, diem dicere.

Digitized by Google

sich processualisch nicht um den Anspruch selber, sondern um die Rechtfertigung des zu seiner Verwirklichung in Scene gesetzten Aktes der Selbsthülfe, kurz das Vindicationsverfahren trug juristisch denselben Charakter an sich, wie die legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem, den eines Justifications- und Impugnationsverfahrens (B. 1 § 11c). Alle drei Proceßformen sind damit auf einen und denselben Grundgedanken zurückgeführt.

Mein College, der Germanist Schröder, dem ich diese Bogen aus Anlaß der unten folgenden Ausführung über die praedes übergeben hatte, um dafür Parallelen aus dem altgermanischen Recht zu erhalten (S. XIX Anm.), macht mich in Bezug auf diesen Gedanken des Justificationsverfahrens auf einen interessanten Beleg aus dem altfränkischen Proceß aufmerksam: die Ausübung des jus blasphemandi (injuste judicasti) Seitens der im Proceß unterlegenen Partei gegen das Urtheil des Richters. Der Richter in der zweiten Instanz hatte formell nicht darüber zu erkennen, ob der Schelter des Urtheils materiell recht habe, sondern ob er sich des ihm zustehenden jus blasphemandi mit Recht oder Unrecht bedient habe, kurz es war ein Justificationsverfahren in Bezug auf einen von der Partei vorgenommenen Akt, ein Seitenstück zu den obigen römischen Proceßformen, bei denen der Richter ebenfalls darüber zu erkennen hatte, ob der Akt des vindicare, manum injicere, pignus capere mit Recht oder mit Unrecht vorgenommen war. Denselben Charakter trug die Provocation im altrömischen Criminalproceß an sich, sie hatte zur Grundlage das Schelten des Urtheils, d. h. den persönlichen Vorwurf gegen den Richter, daß er ungerecht geurtheilt habe, und die Rechtmäßigkeit dieses ihr bei dem Verfahren über das parricidium (nicht über die perduellio) rechtlich zustehenden Aktes hatte die Partei zu rechtfertigen.

Sodann S. 192 Note 240a die Ausführungen über die Einständer (praedes, vades, obsides), und ihren Gegensatz zu den Bürgen. Um die Note nicht übermäßig anschwellen zu lassen, habe ich dort einiges unterdrückt, was ich gern gesagt

Digitized by Google

hätte. Ich habe eine ausführliche Abhandlung über diesen Gegenstand unter der Feder, da ich aber nicht weiß, ob ich dazu kommen werde, sie zu beenden und zu veröffentlichen, so will ich diese Gelegenheit benutzen, um das dort Unterdrückte in gedrängter Weise nachzuholen.

Die dort vorgetragene Ansicht, mit der ich meines Wissens ganz allein stehe, daß derjenige, für den die vades und praedes eintraten, selber nicht haftete, wird sich auf allgemeinen Widerspruch gefaßt machen müssen, der Gedanke, daß die accessorisch verpflichteten Personen haften sollen, während derjenige, um dessen Leistung es zu thun ist, selber nicht verpflichtet sein soll, liegt unserer heutigen Vorstellung von dem Verhältniß der accessorischen zur principalen Verpflichtung gar zu fern, als daß man ihn nicht unbesehen verwerfen sollte. Ich frage aber: hat es juristisch das Mindeste gegen sich, daß B dem A Geld verspricht, für den Fall, daß C eine Leistung, zu der er sich anheischig gemacht hat, ohne aber rechtlich haften zu wollen, nicht beschaffen werde? Damit ist die juristische Möglichkeit des Verhältnisses, wie ich es bei den vades und praedes annehme, dargethan. Das alte Recht kannte keine obligationes faciendi, die Verpflichtung auf ein facere konnte nur indirect durch das Versprechen einer Conventionalpön erwirkt werden. Diese Conventionalpön wird von den vades und praedes versprochen, derjenige, um dessen Leistung es zu thun war — ich will ihn im Folgenden den Pflichtigen nennen — versprach nichts, weder die Leistung, noch Geld, aber es war durch die praedes und vades dafür gesorgt, daß er zur Leistung genöthigt ward. In späterer Zeit hat sich dies geändert, auch der Pflichtige selber verpflichtet sich, und eben dieser Umstand mag es verschuldet haben, daß man die ursprüngliche Gestalt des Verhältnisses nicht erkannt hat.

Im Vindicationsproceß hat derjenige, dem die Vindicien zugesprochen sind, praedes litis ac vindiciarum zu bestellen. Davon, daß er selber sich verpflichte, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten, ist nicht die Rede, nach altem Recht verstand sich aber eine Verpflichtung nicht von selbst, sondern mußte durch ausdrückliches Versprechen übernommen werden, die Zusicherung,

Digitized by Google

daß der Besitzer im Unterliegungsfall alles, was ihm oblag, beschaffen werde, wurde lediglich von den praedes übernommen, nicht von ihm selber. Hätte er selber als verpflichtet gegolten, so hätte es in späterer Zeit nicht erst der stipulatio pro praede litis ac vindiciarum (Gaj. IV 91, 94) bedurft, wodurch die Verpflichtung der praedes auf ihn übertragen ward. Die Bestellung von Bürgen fiel auch hier nicht hinweg, an Stelle der alten praedes traten nunmehr die sponsores (Gaj. IV 89). Um für sie, die nur einer Hauptobligation beitreten konnten, in der Person des Beklagten eine solche, die bis dahin nicht existirt hatte, zu gewinnen, knüpfte man an die vorhandene des alten Processes: die der praedes an, indem man sie durch die obige Stipulation herstellte. Es wäre geradezu unsinnig gewesen, sie auf diesem wunderlichen Umwege zu begründen, wenn sie bis dahin bereits existirt hätte. Die Verpflichtung der praedes war die einzige Form, in der die Obligation im alten Vindicationsproceß zur Erscheinung gelangt war, und in echt römischer Weise bediente man sich für die Übertragung derselben auf den Beklagten der bereits vorhandenen Form, stipulatio, sagt Gajus, in locum praedium successit (IV 94).

Ganz ebenso verhielt es sich mit der Verpflichtung der vades in alter Zeit. Der Beklagte kam seiner Pflicht damit nach, daß er vades stellte, d. h. in ihrer Person die Verpflichtung zur Zahlung der summa vadimonii begründete, ohne selber sie zu übernehmen, es war ganz dasselbe Verhältniß wie bei den praedes im Vindicationsproceß. Diese Gestalt der Sache wird durch Varro de L. L. VI 74 ausdrücklich bezeugt: vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat, und es ist mir schwer begreiflich, wie sogar Keller*) im Widerspruch mit diesem klaren Ausspruch den Beklagten selber sich durch Stipulation verpflichten läßt, es ist wiederum die fixe Idee von der Unerläßlichkeit einer Hauptobligation für die Nebenobligation. In allen den vielen Stellen, wo Livius der vades publici gedenkt, heißt es von dem Angeschuldigten bloß, daß ihm aufgegeben ward,

*) Röm. Civilproceß, Ausg. 6 von Wach S. 234.

Digitized by Google

vades zu stellen, und daß er sie stellte, niemals, daß ihm aufgegeben ward, selber etwas zu versprechen. Aber auch in Bezug auf die vades trat im neuen Recht dieselbe Aenderung ein wie in Bezug auf die praedes: der Beklagte selber übernahm die bisherige Verpflichtung der vades, d. h. er selber versprach das vadimonium, und die Sicherheitsstellung erfolgte in der dadurch ermöglichten Form der satisdatio, d. h. des accessorischen Beitritts von Bürgen (im Proceß unter Römern sponsores). Diese Gestalt der Sache hat Gajus IV 184 vor Augen: vadimonium ei faciendum est i. e. ut promittat se certo die sisti. In dem sisti steckt noch deutlich der Hinweis auf die alte Gestalt der Sache, dasselbe paßt nur für das Versprechen der vades, daß der Beklagte gestellt werden solle; hätte er selber in alter Zeit sich verbindlich machen müssen, im Termin zu erscheinen, so hätte man sich dafür unmöglich des Ausdrucks bedienen können, daß mit ihm etwas geschehen werde.

Oeffentliche Ausverdingungen durch den Censor erfolgten bekanntlich in der Weise, daß von denjenigen, die sich dazu bereit erklärten, Einer als manceps bestellt wurde, der das Gebot that, und auf dessen Namen der Vertrag abgeschlossen ward. So wunderlich es uns heute erscheinen mag, daß dieser eigentliche Contrahent als solcher nicht haftete, sondern nur die praedes, die er bestellte, und denen er selber sich hinzugesellte, so ist es doch wahr. Man lese einmal unbefangen die Worte von Festus: manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve ..... qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est. Was sagen sie anders, als: der manceps als solcher haftet nicht, er haftet nur in seiner Eigenschaft als praes? So erklärt es sich, daß in den Quellen nie von der Verpflichtung des manceps, sondern nur von der der praedes die Rede ist*), was undenkbar gewesen wäre, wenn die Verpflichtung in der Person

*) So z. B. die tabula Malacitana, Ueberschrift von c. 64.: de obligatione praedum praediorum cognitorumque.

Digitized by Google

des manceps begründet und durch die praedes nur gesichert worden wäre. Der Grund war hier derselbe wie in allen anderen Fällen: das alte Recht hatte sich noch nicht zu dem Gedanken erhoben, daß eine obligatio auf ein facere gerichtet sein könne, es vermittelte die Sache praktisch dadurch, daß die Vornahme des facere indirect durch das Versprechen eines dare von Seiten anderer Personen gesichert ward. Dieser Mechanismus, der für uns etwas so Befremdendes hat*), war ein wohldurchdachter, ich

*) Er wiederholt sich auch im altgermanischen Recht, s. A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II § 126. Derselbe bezeichnet die Stellung des Bürgen als die „eines mediator, der die Zahlung vom Schuldner an den Gläubiger zu vermitteln und zu bewirken hatte" (S. 252), ganz die unseres Einständers. Der Schuldner selber haftete dem Gläubiger nicht, „letzterer hat sich durch Annahme des Bürgen des Griffs auf den Schuldner begeben" (S. 251). Zur genaueren Belehrung über das Verhältniß hatte ich mich an meinen hiesigen Collegen Schröder gewandt, und ich habe ihn gebeten, die mir mündlich gegebene Auskunft aufzuzeichnen und mir den Abdruck derselben an dieser Stelle zu verstatten; ich theile sie im Folgenden mit: „Dem burgundischen und langobardischen Rechte war nur ein Pfändungsrecht des Bürgen gegen den Schuldner und des Gläubigers gegen den Bürgen bekannt. Gegen den Schuldner hatte der Gläubiger kein Zwangsrecht. Nur eine formelle Zahlungsaufforderung des Gläubigers an den Schuldner verlangte das burgundische Recht als Voraussetzung der Pfändung des Bürgen. War der Schuldner zahlungsunfähig, so konnte der Bürge sich durch Auslieferung desselben in die Schuldknechtschaft des Gläubigers von jeder persönlichen Haftung befreien. Auch das fränkische Recht kannte den Bürgen nur als Principalschuldner; sobald der Gläubiger direct gegen den Schuldner vorging, war der Bürge frei. Den gleichen Standpunkt nehmen zahlreiche deutsche Partikularrechte des Mittelalters (Stobbe, Deutsches Privatrecht III 308 Note 8) ein. Prinzipalhaftung des Bürgen ferner im jütischen Lov und anscheinend im altschwedischen Recht. Die nach Amira in dem letzteren und nach Stobbe (a. a. O. 308, Note 7) in deutschen Partikularrechten des Mittelalters vorherrschende Solidarhaft des Bürgen erscheint nur als eine Abschwächung der ursprünglichen Prinzipalhaft. Auf die Entstehung des obligatorischen Versprechens aus der Bürgschaft deutet die im fränkischen, italienischen und nordischen Rechte verbreitete Auffassung desselben als Selbstbürgschaft hin. Vgl. Brunner, Zeitschrift für Handelsrecht 22, 513. Val de Lièvre, Launegild und Wadia 186. 188. Note 209, Note 1. 244 ff. Paulsen, i. d. Zeitschr. für deutsches Recht 4, 125.

Digitized by Google

möchte geradezu sagen: ein ingeniöser, und darüber möge man mir verstatten Einiges hinzuzufügen.

Die Function der Einständer bestand darin, denjenigen, der zur Vornahme einer Handlung oder zu einer Unterlassung genöthigt werden sollte, durch ihren persönlichen Einfluß dazu zu zwingen. Zur Uebernahme einer solchen Rolle, welche für den Fall der Erfolglosigkeit mit der eigenen Haftung verbunden war, verstanden sich selbstverständlich nur solche Personen, welche dem Pflichtigen persönlich nahe standen: Verwandte, Freunde, Clienten, Patrone. Sie wußten, wie es mit ihm stand. Hatte er eine faule Sache, so lehnte Jeder von ihnen die Aufforderung ab, ein unzuverlässiger Mann fand keine praedes, vades, so wenig wie einen vindex, dessen ich nachher gedenken werde, oder nur dann, wenn er sie vorher wegen der Gefahr, die sie liefen, durch Vorschuß der erforderlichen Geldmittel sicher gestellt hatte. Wer aber praedes oder vades gefunden hatte, hatte sich damit unter ihre Aufsicht gestellt und ihnen die Befugniß eingeräumt, dafür Sorge zu tragen, daß alles richtig geschah. Sie beobachteten, bewachten ihn, kamen in sein Haus, um nachzusehen, sorgten dafür, wenn sie als vades die Haftung übernommen hatten, daß er keinen Fluchtversuch mache, wenn als praedes, daß er die nöthige Leistung beschaffe, das Grundstück, dessen Besitz ihm im Vindicationsproceß zugesprochen war, in richtigem wirthschaftlichen Stand erhalte, daß er die dem Gegner Schaden drohende Sache ausbessere (s. unten beim damnum infectum), sie waren gedacht als Aufpasser, Wächter, Spione, Treiber, kurz sie hatten die Function von Gerichtsdienern innerhalb des römischen Hauses, die dafür Sorge zu tragen hatten, daß alles, was gemäß der Intention des Magistrats (Prätor, Censor) zu geschehen hatte, richtig geschah.

Dieser Gedanke der Beschaffung eines facere durch Aufbietung des Einflusses der dem Verpflichteten nächststehenden Personen hat sich in veränderter Gestalt noch bis in die spätere Zeit

---

133 ff. 137 ff. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte § 11, Anm. 45. § 35, Anm. 165."

Digitized by Google

hinein erhalten. Darauf beruht die Vorschrift des prätorischen Edicts, daß es bei den prätorischen Stipulationen der Bestellung von Bürgen bedürfe. In l. 7 de praet. stip. (46, 5) heißt es: praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur. Warum Bürgen, warum nicht Realsicherheit, die doch den Berechtigten völlig sicher stellt, sicherer als die Bürgen, welche ja insolvent werden können? Die Antwort lautet: weil die zur Sicherheit gegebene Sache nicht dasjenige leisten kann, worauf es bei der Bestellung der Bürgen abgesehen ist: den Verpflichteten zur Vornahme der Leistung durch Zureden, Vorstellungen, Drohungen anzutreiben. Das Geld liegt todt im Kasten, der Bürge kommt ins Haus und sieht nach. Allerdings gewährt die Sache dem Berechtigten die Sicherheit der vollen Schadloshaltung, aber darum ist es ihm erst in zweiter Linie zu thun, in erster wünscht er die Beschaffung der Leistung selber. Es war dasselbe Verhältniß, wie bei den actiones arbitrariae, bei denen der Richter in erster Linie auf die Realleistung (restituere) und erst in zweiter Linie für den Fall, daß sie unterblieb, auf Geld erkannte. Diese Realleistung zu erzwingen, ist die Bestimmung der Bürgen bei den prätorischen Stipulationen. Man braucht sich nur das Verhältniß des Vormundes und des Usufructuars zu vergegenwärtigen, um inne zu werden, was durch die Aufsicht, welche die Bürgen über sie führen, und den moralischen Druck, ich möchte sagen: den Personalzwang, den sie auf ihn ausüben können und sollen, für den Berechtigten erreicht wird. Demselben liegt viel mehr daran, daß alles glatt abläuft, als daß er hinterher einen unter Umständen durch einen sehr schwierigen Beweis bedingten Anspruch auf Schadloshaltung erhält, und eben dieser Erfolg soll durch die Bürgen vermittelt werden.

Mit ausdrücklichen Worten ist diese Function der Bürgen bei den prätorischen Stipulationen nicht angegeben, aber sie ergibt sich mit Nothwendigkeit aus der Ausschließung der realen Sicher-

Digitized by Google

heitsleistung. So erklärt es sich, daß die Juristen bei der vom Prätor auferlegten Caution in Bezug auf die Collation die reale Sicherheitsleistung für ausreichend erklärten (l. 1 § 9 de coll. bon. 37, 6), denn hier handelte es sich nicht um ordnungsmäßige Beschaffung eines facere, sondern lediglich um das Einwerfen von Vermögensstücken. Ebenso im Fall der l. 2 § 1, 3 quod leg. (43, 3).

Einen werthvollen Anhaltspunkt für die Erkenntniß dieser praktischen Bedeutung der Bürgen gewähren die Bürgen des späteren römischen Criminalprocesses, die moderne Form der alten vades publici. Man vergleiche folgende Stellen: l. 28 § 1 ex q. c. maj. (4, 6): item si quis nec in custodia nec in vinculis sit, sed sub fidejussorum satisdatione et dum propter hoc recedere non potest, l. 1 de cust. reor. (48, 3): .. an militi tradenda vel fidejussoribus committenda (persona), l. 3 § 7 de bon. eor. (48. 21): si in vinculis vel sub fidejussoribus decesserit. In diesen Stellen ist das ganze Verhältniß so klar gezeichnet, daß es weiterer Worte nicht bedarf, die Bürgen fungiren hier als Aufsichtspersonen im Dienst des Gerichts; sie sind gedacht als eine schonendere Form der vincula oder der custodia (miles), sie sollen dasselbe leisten, wie letztere, d. h. das Entweichen des Angeklagten verhindern.

So begreift es sich, daß es bei der Wahl der Bürgen nicht bloß auf deren Solvenz, sondern auch auf ihre Zuverlässigkeit ankam, l. 112 § 1 de V. O. (48, 1): quod plerumque idonei non tam patrimonio quam fide quoque aestimarentur; es müssen Personen sein, denen man zutrauen kann, daß sie die Dienste, welche das Gericht von ihnen erwartet, leisten können und wollen.

Ich glaube damit den Gedanken, den das alte Recht bei seinen vades und praedes im Auge hatte, in das richtige Licht gesetzt zu haben. Er war so wenig ein specifisch römischer, daß er sich auch bei anderen Völkern auf derselben niederen Entwicklungsstufe des Rechts wiederholt, so z. B. bei den Germanen.

Digitized by Google

Es ist kurz ausgedrückt der der Heranziehung der dem rechtlich unmittelbar Betheiligten nahe stehenden Personen im Interesse der Rechtspflege. Die genaue Kunde, die sie von ihm und seinen Verhältnissen haben, das Vertrauen, das sie in Folge davon ihm schenken oder versagen, und das am sichersten erprobt wird, wenn sie für ihn eintreten sollen, sei es mit ihren Versicherungen, Eiden, wie die altgermanischen Consacramentalen, sei es mit ihren Thaten, und der Einfluß, den sie auf ihn auszuüben vermögen, bildet hier einen wesentlichen Faktor der Rechtsordnung, dem Richter wird dadurch die Arbeit erleichtert, viel Mühe erspart, und gar vieles, was er mit seinen Mitteln gar nicht oder nur unvollkommen erreicht haben würde, wird auf diesem Umwege durch sie beschafft. Die Verwandten, Genossen, Freunde sind die Hülfsorgane des Richters, durch ihren Einfluß bringen sie innerhalb des Hauses fertig, was sonst Gegenstand schwieriger richterlicher Untersuchung gewesen wäre.

Einen interessanten Beitrag und damit zugleich ein instructives Seitenstück zu den praedes und vades gewährt die bekannte Einrichtung des altrömischen Processes, der zufolge der Schuldner bei der legis actio per manus injectionem nicht selber als Proceßpartei auftreten konnte, sondern einen vindex stellen mußte, der für ihn den Proceß übernahm. Wer eine faule Sache hatte, fand keinen vindex, der Proceß ward in der Geburt erstickt, und der Richter dadurch der Mühe sich mit nichtigen Proceßhändeln abzugeben überhoben. Durch derartige Einrichtungen, wie die vindices, praedes, vades erreichten es die Römer, daß gar vieles von dem, was bei uns die Bühne des Rechts betritt, sich bei ihnen hinter den Coulissen abspielte, die Verwandten, Freunde lehnten, wenn sie kein Vertrauen zu der Sache oder dem Manne hatten, die Garantieübernahme ab oder, wenn sie sich dazu entschlossen, sorgten sie dafür, daß alles geschah, was zu geschehen hatte. Nichtige Ausflüchte, erdichtete Vorwände hielten bei ihnen nicht Stich, sie wußten, wie es mit dem Manne stand, ihnen mußte er reinen Wein einschenken, und ihnen war durch ihre Vertrautheit mit seinen Verhältnissen und den jeder Zeit freien Eintritt in sein Haus und den Verkehr mit den Hausgenossen die Möglich-

Digitized by Google

keit geboten, eine ungleich genauere und wirksamere Aufsicht über ihn zu führen, als der strengste und eifrigste Gerichtsdiener es vermocht hätte — sie waren der Spion im eigenen Hause. Und auch wenn es galt, den Mann zum Erscheinen vor Gericht oder zur Beschaffung der ihm obliegenden Leistung anzuhalten, konnte es kein Gerichtsdiener mit ihnen aufnehmen, sie schleppten den angeblich Kranken vor Gericht, nicht selten gewiß auch den wirklich Kranken, und nöthigten den Lässigen, Faulen zur Arbeit.

Das spätere Recht hat nun an die Stelle dieser indirecten Form der Verpflichtung durch praedes und vades und der indirecten Proceßführung durch vindex die directe gesetzt. Die Rolle oder Verpflichtung, welche früher auf die Nebenperson entfiel, ist auf die Hauptperson übertragen worden. Der Schuldner, gegen den die manus injectio vorgenommen ist, wird sein eigener Vindex, und der bisherige Vindex vertauscht in den wenigen Fällen, wo das neuere Recht für die legis actio per manus injectionem noch Sicherheitsstellung durch satisdatio verlangt (Gaj. IV 25: cum judicati depensive agitur), seine Rolle mit der eines Bürgen. Ebenso wird der Beklagte sein eigener vas, d. h. er verspricht das vadimonium, und von der Sicherheitsbestellung, soweit sie nöthig (Gaj. IV 185), gilt hier ganz dasselbe, der alte vas wird Bürge. Ebenso wird der Pflichtige sein eigener praes, wie dies zwar nur für die stipulatio pro praede litis ac vindiciarum ausdrücklich bezeugt, sachlich aber überall anzunehmen ist*). Auch hier verwandelt sich, nachdem mit Herstellung einer Hauptobligation die Bürgschaft möglich geworden ist, der praes (von der obligatio praedium bei öffentlichen Accordarbeitern abgesehen) in einen Bürgen. Das Resultat ist: in allen Fällen der indirecten Verpflichtung des eigentlich Betheiligten tritt im neueren Recht an ihre Stelle die directe, und damit erhält der früher ausschließlich Verpflichtete die Stellung eines Bürgen.

---

*) Derselbe Vorgang wiederholt sich auch im germanischen Recht in der Selbstbürgschaft, Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts II, § 191 Anm. 3.

Digitized by Google

In praktischer Beziehung war diese Veränderung bei den Verhältnissen mit Einständern ohne alle Bedeutung, nur die juristische Form des Verhältnisses änderte sich, nicht die Sache selber, denn auch der Bürge übte, wie oben nachgewiesen ist, ganz dieselbe Function aus, wie der Einständer, und ob der Pflichtige direct haftete oder nicht, war ohne Belang, da der Nachdruck des Verhältnisses auf der Einwirkung der Einständer und Bürgen auf ihn beruhte. Nur für die legis actio per manus injectionem war die Vertauschung der indirecten Form der Proceßführung mit der directen von hohem praktischem Werth, sie enthielt für den Schuldner die große Erleichterung, daß er sich nicht mehr nach einem Andern umzusehen brauchte, der für ihn den Proceß übernahm, es war ihm damit die Möglichkeit der eigenen Proceßführung verschafft. Nur in den zwei oben genannten Fällen (Gaj. IV 25) blieb es der Sache nach beim Alten, da der Schuldner hier satisdatio judicatum solvi zu bestellen hatte, also ganz so von dem Eintreten dritter Personen für ihn abhängig war, wie früher.

In historischer Beziehung dagegen knüpft sich an die Umwandlung der Einständer in Bürgen meines Erachtens ein sehr hohes Interesse. Es sind drei Punkte, die meine Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben.

Der erste ist für mich ohne sonderlichen Werth. Er betrifft die Frage: wann und wie die Aenderung zuerst bewirkt worden ist. Ich vermuthe, daß das Edict des Prätor Peregrinus den Anstoß dazu gegeben hat. Dasselbe übernahm von dem jus civile den gesunden und erprobten Gedanken der Beschaffung der zu erzielenden Leistungen durch die Pression dritter Personen, aber, da es sich dafür der national-römischen Formen der vades und praedes nicht bedienen konnte, so wählte es dafür die der eigenen Verpflichtung des Pflichtigen, d. i. der cautio unter Sicherstellung durch Bürgen (satisdatio). Ob das Civilrecht sich damals bereits zur Anerkennung von obligationes faciendi erhoben hatte, oder ob auch dieser Fortschritt zuerst durch das Peregrinenedict vermittelt worden ist, steht dahin, kurzum an Stelle

Digitized by Google

der alten civilrechtlichen Form der indirecten Verpflichtung trat die directe. Dafür gibt es zwei Belege. Den einen gewährt die cautio judicatum solvi der reivindicatio per formulam petitoriam im Gegensatz zu der stipulatio pro praede litis ac vindiciarum bei der reivindicatio per sponsionem praejudicialem (Gaj. IV 91). Durch ihre Einkleidung in die Gestalt einer sponsio, durch Stellung der intentio auf meum esse ex jure Quiritium (Gaj. IV 93) und durch die Bezugnahme auf den praes charakterisirt sich diese als die römische Form, durch die Abwesenheit dieser Merkmale, vor allem durch die Stellung der intentio auf das bloße suum esse (Gaj. IV 92) jene als die peregrinische. Hier haben wir also einen unzweifelhaften Fall einer durch den Prätor peregrinus selbständig eingeführten cautio vor uns. Einen anderen bietet die cautio damni infecti, deren Einführung durch das Edict des Prätor peregrinus uns ausdrücklich bezeugt ist*), die Form des Civilrechts war die durch praedes, was ich unten hoffe darthun zu können. Abermals ein völlig zweifelloser Fall der Hinübernahme einer vom Prätor peregrinus zuerst aufgestellten Form in das Edict des Prätor urbanus. Was für diese beiden Fälle ausdrücklich bezeugt ist, glaube ich auch für die übrigen annehmen zu können, in denen das alte Civilrecht sich der Einständer bediente. Für letzteres lag ein Anlaß, eine neue Form dafür zu suchen, nicht vor, für den Prätor peregrinus war die Nöthigung, Vorsorge zu treffen, eine unabweisbare, und so wird er es gewesen sein, der die neue Form der cautio mit satisdatio und so unter andern auch das eigene Versprechen des Vadimonium von Seiten des Beklagten einführte und damit dem Prätor urbanus den Anstoß gewährte, sie als die bequemere (Gaj. IV 31: commodius jus et plenius est) zu adoptiren.

Wichtiger ist mir der zweite Punkt. Er betrifft den

*) Lex Rubria c. 20 v. 25, 35: Bezugnahme auf: eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrinos jus dicit in albo propositam habet.

Digitized by Google

Rückschluß von der spätern Gestalt der Sache, wie sie uns in den prätorischen Stipulationen vorliegt, auf die frühere durch Einständer. Wir haben im Bisherigen eine Reihe von Fällen angeführt, in denen sich die Vertauschung der alten Form der Einständer durch die neuere mittelst cautio und satisdatio historisch nachweisen läßt. Ganz dasselbe nehme ich auch für die noch übrigen Fälle der prätorischen Stipulationen an, soweit sich das Verhältniß, in dem sie zu Tage treten, mit Grund dem älteren Recht zuweisen läßt.

Unzweifelhaft ist dies der Fall für die Haftung aus dem damnum infectum. Dem alten Recht war, wie eben bewiesen, die Form der cautio damni infecti fremd, aus Gajus IV 31 wissen wir, daß man noch zu seiner Zeit wegen damnum infectum eine legis actio anstellen konnte. Worauf war dieselbe gerichtet? Für denjenigen, der meinen Ausführungen bisher gefolgt ist, kann die Antwort nicht zweifelhaft sein: auf Bestellung von praedes. Das äußere Zeugniß, welches man dafür in l. 6 § 7 Comm. div. (10. 3) hat finden wollen (praedibus statt pro aedibus)*), ist kritisch nicht aufrecht zu zu erhalten, unmöglich können die Compilatoren das Wort praedibus, selbst wenn Labeo es gebraucht hatte, an dieser einzigen Stelle haben stehen lassen, da es der damaligen Welt gänzlich unverständlich gewesen wäre. Aber der Mangel des äußeren Zeugnisses wird ersetzt durch das Gewicht der inneren Gründe. Die Bestellung von praedes war der gewiesene Weg, um in alter Zeit die Beschaffung von Leistungen zu erzielen, wie für Neubauten und Reparaturen öffentlicher Gebäude und für die Instandhaltung des Grundstückes im Vindicationsproceß, so auch für die Reparatur oder Instandhaltung von Privatgebäuden, hier wie dort ist es der praes, welcher es übernimmt, den Pflichtigen dazu zu nöthigen.

Einen zweiten Fall bietet uns die Haftung der Vormünder. In der späteren Zeit wird sie vermittelt durch die cautio

*) S. darüber die Ausgabe der Pandekten von Th. Mommsen.

Digitized by Google

rem pupilli salvam fore mit satisdatio. Wie in älterer Zeit? In denjenigen Fällen, wo der Magistrat überhaupt Anlaß hatte sich in die Vormundschaft einzumischen, d. h. in denen der lex Atilia und Julia Titia, meiner Ansicht nach mittelst Bestellung von praedes. Die Verfasser der Institutionen bemerken es als eine befremdende Thatsache (§ 5 J. de Atil. tut. 1. 20): neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore (suprascriptae leges) quidquam cavebant. Die Notiz ist nicht unwichtig, weil sie zu dem Schluß berechtigt, daß damals, d. i. im sechsten Jahrhundert der Stadt, die prätorischen Stipulationen, wenn auch für Peregrinen, so doch für Römer noch nicht in Gebrauch waren. Aber haben jene Gesetze die Mündel gänzlich schutzlos gelassen? Meiner Ansicht nach haben sie sich des Mittels bedient, das ihnen das Recht ihrer Zeit zur Verfügung stellte: sie haben die Bestellung von praedes Seitens der Vormünder angeordnet.

Ein drittes Verhältniß, in dem das prätorische Edict die Bestellung einer cautio nebst satisdatio vorschreibt, bietet der ususfructus dar: die cautio usufructuaria. Gerade hier, wo es auf Innehaltung der Verpflichtung: boni viri arbitratu usurum fructurum esse ankam, war es von ganz besonderem Werth, dem Verpflichteten eine Aufsichtsperson, gewissermaßen den bonus vir selber, nach dessen arbitratus er sich zu richten habe, zur Seite zu stellen. Dies war bei der cautio der Bürge, in alter Zeit, wenn damals, was kaum zu bezweifeln sein möchte, die letztwillige Hinterlassung des Usufructus an die Wittwe bereits üblich und rechtlich anerkannt war, werden es die praedes gewesen sein.

Der dritte Punkt betrifft die historische Erklärung des Begriffs von praestare. Sprachlich hat das Wort mit praes*) keinen Zusammenhang, wohl aber meiner Meinung nach einen

*) Die Etymologen führen praes auf vas zurück: prae-vad, prae-vid prae-id, praes, Vaniček, Griech. latein. etymologisches Wörterbuch II. S. 878. Das lateinische vas, vadi-monium findet sein Seitenstück im

Digitized by Google

sachlichen. Die Verpflichtung des praes ist diejenige Form, in der in Rom der Begriff des praestare zur praktischen Geltung und zum juristischen Bewußtsein gekommen ist. Der Begriff deckt sich mit unserm deutschen Wort Haftung und bildet den Gegensatz zur Verpflichtung im engern Sinn. Als Beispiel, um den Gegensatz zu veranschaulichen, wähle ich die Verbindlichkeit des Verkäufers. Derselbe ist verpflichtet, die Sache zu tradiren, aber er haftet für Evictionsleistung, Fehler und Mängel, dolus und culpa. Das will sagen: in Bezug auf den erstgenannten Gegenstand ist seine Verpflichtung eine unbedingte, und die Vornahme derselben bezeichnen wir als Leistung, in Bezug auf die übrigen ist sie eine bedingte, bedingt dadurch, daß etwas geschieht, was hätte unterbleiben, oder daß etwas (Fehler, Mängel) sich herausstellt, was nicht hätte da sein sollen, und die richtige Bezeichnung für die sich daraus ergebende Verbindlichkeit ist nicht Leistung, sondern Schadloshaltung. Dort hat seine Verbindlichkeit einen positiven, hier einen negativen Inhalt.

Zur Bezeichnung dieser negativen Seite der Obligation bedienen wir uns des Ausdrucks haften, die Römer des Ausdrucks praestare. Ueberall zielt derselbe auf etwas Ungehöriges, was dem Sinn des Vertrages gemäß hätte unterbleiben sollen, etwas, wofür der Verpflichtete, wenn es wider Erwarten doch eintreten sollte, aufkommen, einstehen soll*). Es ist nun oben nachgewiesen, daß dieses Aufkommen,

---

gothischen vadi, mittelh. vadium = Pfand, welches von gothisch vidan = binden stammt. Vas, vadi ist der Gebundene, praes = prae-vid-s der in erster Stelle Gebundene.

*) l. 66 de C. E. (18. 1) .. quaedam praestanda sint velut ne fundus evincatur. l. 200 de V. S. (50. 16) noxis solutum praestari. l. 4 de her. vend. (18. 4) locupletem debitorem esse non debere praestare, debitorem autem esse praestare. l. 6 §. 2 de his qui dej. (9. 3) suam suorumque culpam praestare debere. l. 5 §. 2 Commod. (13. 6) et dolum et culpam et periculum praestat. l. 1 pr. de aed. ed. (21. 1). Die Worte des ädilitischen Edicts in l. 1 § 1 de aed. ed. (21. 1): quod ejus praestari oportere dicetur. l. 4 § 3 it. vitium ita demum praestabit u. a. m.

Digitized by Google

Einstehen gerade die Function unserer Einständer bildete, und dieser Gestalt der Sache ist auch der sprachliche Ausdruck praestare entnommen. Er zeichnet uns denjenigen, der prae-stat, d. h. vor einen Andern, der dabei stillschweigend mitgedacht wird, in die erste Linie tritt, wie dies ja die Stellung des Einständers kennzeichnet. Für dies Verhältniß war der Ausdruck sprachlich ebenso zutreffend, wie es unbegreiflich sein würde, daß er sich für das Verhältniß des Hauptschuldners selber hätte bilden sollen, denn wo ist hier derjenige, vor dem er in erster Linie steht? Auf ihn kann das Wort und der Begriff erst zu einer Zeit übertragen worden sein, als er selber sein eigener Einständer geworden war.

So begreift es sich, daß die Römer neben den beiden anderen Ausdrücken zur Bezeichnung des Inhalts der Obligation: dare und facere noch den des praestare haben. Dem Obigen nach braucht es nicht gesagt zu werden, daß er keine einfache Combination des dare und facere, keine bloße Tautologie enthält, beide können wenigstens eine unbedingte Verpflichtung enthalten, während das praestare stets bedingter Art ist, es tritt nur in Wirkung, wenn es an dem, was hätte da sein oder geschehen sollen, fehlt. Und eben darum konnte Paulus bei der Angabe des möglichen Inhaltes der Obligation in l. 3 pr. de O. et A. (44. 7): obligationum substantia .... in eo constitit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum das praestare auch nicht übergehen, das dare facere geht auf Leistung, das praestare auf Schadloshaltung.

Damit kann ich meine Ausführungen über die Einständer des alten Rechts beschließen. Unbedeutende Punkte, deren ich in meiner Abhandlung gedacht haben würde, habe ich dabei übergangen. Nur einen wesentlichen Punkt glaube ich nicht unerwähnt lassen zu dürfen, nämlich daß sie lediglich auf Geheiß der Obrigkeit bestellt wurden, sei es der Proceßpartei, wie im Vindicationsproceß und beim damnum infectum, sei es ihr selber, wie die praedes bei den öffentlichen Accord-

Digitized by Google

arbeiten dem Censor und die für das sacramentum, nachdem es nicht mehr sofort hinterlegt zu werden brauchte, dem Prätor (Gaj. IV 16), sei es wie bei der obrigkeitlichen Bestellung von Vormündern dem Mündel oder seinen Verwandten. Die Bestellung der praedes für das sacramentum könnte den Schein hervorrufen, als ob es sich hier nicht um das Einstehen derselben für ein facere, sondern für ein dare des Pflichtigen handle. Ich habe mich darüber schon in der Schrift selber (S. 194) ausgesprochen. Der Pflichtige selber verspricht auch hier nicht, die Voraussetzung, an welche die Haftung der praedes geknüpft ist, ist nicht die unterlassene Zahlung der Sacramentssumme von Seiten des Unterliegenden, sondern sein Unterliegen im Proceß, d. i. die Nichtbeschaffung eines facere, das ihm oblag: die Erbringung des Beweises seines Eigenthums. Das Verhältniß war kein anderes wie bei den vades in Bezug auf das Nichterscheinen im Termin.

Ich fahre fort in der Angabe der Noten, in denen ich in dieser Ausgabe neue Ansichten vorgetragen habe. Es sind Note 337ª auf S. 263 (die praktische Bedeutung der exc. litis dividuae und residuae) und Note 367 auf S. 272 (die praktische Bedeutung des Verbots des mandatum post mortem)

Schließlich habe ich noch einige Worte über das diesem Bande hinzugefügte Register zu den vier Bänden dieser Auflage hinzuzufügen. Ich habe das Quellenregister gänzlich wegfallen lassen. Ich hatte es früher angefertigt, um denjenigen, welche irgend einen Punkt in dem Werke suchen wollten, außer dem Sachregister, in das unmöglich alle unbedeutenden Punkte, die ich gelegentlich berührt hatte, aufgenommen werden konnten, dafür einen Anhaltspunkt zu bieten. Ich glaube es durch Vervollständigung des Sachregisters entbehrlich gemacht zu haben. Dieser Arbeit und zugleich der der Anpassung der früheren Citate des Sachregisters an die gegenwärtige Auflage hat sich einer meiner Söhne: der Assessor Dr. Friedrich von Ihering unterzogen, und unter den Namen derer, denen ich hier Anlaß hatte, für die mir bei dem gegenwärtigen Bande

Digitized by Google

geleisteten Dienste meinen öffentlichen Dank auszudrücken, soll auch der seinige nicht fehlen. Die Theile des Werkes sind im Register wie in der Schrift als Bände (I, II, III, IV) bezeichnet.

Göttingen, 30. Januar 1888.

Rudolf von Ihering.

Digitized by Google

Die juristische Kunst.

Gegensatz des folgenden Abschnittes zum vorhergehenden. — Die specifisch-juristische Kunst — ihr Antheil an der ursprünglichen Bildung des Rechts — ihr Charakter.

XLVIII. Schon eine geraume Zeit verweilt unsere Darstellung auf dem Gebiete der älteren Jurisprudenz, und wäre es wahr, was Manche lehren, daß der Beruf der Jurisprudenz in dem Interpretiren der Gesetze bestehe, so könnte unseres Bleibens hier nicht lange mehr sein, denn diesen Zweig der juristischen Thätigkeit haben wir bereits (§. 44) kennen lernen, und was wäre sonst noch viel übrig? Allein so paradox es klingt: der Haupttheil unserer Aufgabe, das Schwierigste ist noch zurück, und erst von jetzt an können wir behaupten uns im Centrum der römischen Jurisprudenz zu befinden, während wir uns bisher bloß in den Außenwerken umhergetrieben haben. Zwar eine Reihe interessanter Erscheinungen haben wir auch dort angetroffen, Züge, die namentlich für den physiognomischen Ausdruck des ältern Rechts im Gegensatz des neuern höchst charakteristisch sind, allein dieselben gehören nicht sowohl der Jurisprudenz, als der Zeit an, sie waren nichts als die Reflexe, in denen die damalige Culturstufe innerhalb der Jurisprudenz sich abspiegelte, und sie wiederholen sich darum auch auf den andern Gebieten des geistigen Lebens.

Interpretiren und Formeln aufsetzen mußte der Pontifex auch außerhalb des eigentlich juristischen Gebietes, eine specifisch-juristische Kunst übte er damit nicht aus, und der Geist, in dem er es that, jene früher nachgewiesene Abhängigkeit vom Wort, kam nicht auf Rechnung der Jurisprudenz, sondern der Zeit.

Digitized by Google

Dies ändert sich von nun an gänzlich. Der gegenwärtige Abschnitt versetzt uns in die innerste Werkstätte der Jurisprudenz und verschafft uns die Gelegenheit, sie in ihrem geheimsten Wirken und Schaffen zu belauschen. Die Aufgaben und Interessen, die es hier gilt, die Mittel, mit denen sie gelöst werden, die Operationen und Kunstgriffe, die hier zur Anwendung gelangen, kurz der ganze Gedanken-Apparat, den wir hier wahrnehmen, ist ausschließlich juristischer Art, es ist die specifisch-juristische Kunst, welche wir im Folgenden bei ihrem Werk: der technischen Gestaltung des älteren Rechts, zu beobachten haben werden. Die von uns vorausgeschickte allgemeine Theorie der Technik (§. 38—41) macht es eben so möglich als nöthig uns ausschließlich auf das historische Material, welches das ältere Recht uns bietet, zu beschränken.

Die heutzutage herrschende Lehre datirt das Auftreten der Jurisprudenz in der Geschichte erst aus einer verhältnißmäßig späten Zeit. Ihr zufolge war bereits eine lange Periode der rein naiven und gewohnheitsrechtlichen Existenz des Rechts vorangegangen, und geraume Zeit war bereits der Gesetzgeber thätig gewesen, bevor die Jurisprudenz sich von ihrem Lager erhob. Um noch an der Grundlegung des Rechts sich zu betheiligen, dazu kam sie viel zu spät, denn die Fundamentalbegriffe des Rechts waren längst fertig und fest geworden, der Ablagerungs- und Erstarrungsproceß des Rechts im Ganzen und Großen bereits vollzogen; was ihr zu thun übrig blieb, war mithin nur ein Nachhelfen und Nachbessern im Kleinen und Einzelnen, das Poliren und Feilen. Diese Ansicht habe auch ich früher getheilt, eine fortgesetzte Beschäftigung mit dem ältern römischen Recht hat mich jedoch überzeugt, daß dieselbe ein reines Phantasie-Product ist, dem die Geschichte keinerlei Unterstützung gewährt — der Traum von einem goldnen Zeitalter des Rechts, in dem die Menschen, ohne zu suchen, das Richtige getroffen hätten, in dem die Rechtsbegriffe ohne Zuthun des Menschen am Baum der Erkenntniß gewachsen seien, von dem er nur nöthig gehabt hätte sie zu pflücken, oder von dem sie ihm gar von selbst in den Schoß gefallen wären. Die positive Behauptung,

Digitized by Google

die ich dieſer Lehre entgegenſtelle, iſt die: daß die Geſchichte des Rechts mit einem eiſernen Zeitalter begonnen hat, mit dem harten Ringen und Arbeiten des menſchlichen Verſtandes, daß Abſicht, Reflexion, Bewußtſein, Berechnung bereits bei der Bildung des Rechts thätig geweſen iſt, kurz daß die juriſtiſche Kunſt an der Wiege des Rechts geſtanden hat.

Wie uns heutzutage die Begriffe nicht von ſelbſt zufallen, ſondern mit Mühe und Anſtrengung gewonnen werden müſſen, ſo und nicht anders iſt es auch in jener hiſtoriſchen Epoche der Fall geweſen, wo die Grundbegriffe des Rechts ſich gebildet haben, und die Meinung, als ob die Völker in ihrer Kindheit den Begriff des Eigenthums, der Obligation u. ſ. w. nicht nöthig gehabt hätten zu ſuchen und auszubilden, ſondern ihn fertig vorgefunden hätten, iſt um nichts beſſer, als daß ſie ihre Häuſer, Pflugſcharen u. ſ. w. aus den Händen der Natur erhalten hätten. Wie ſie um letzterer willen Jahrhunderte lang haben denken, arbeiten, in Verſuchen ſich abmühen müſſen, eben ſo und in noch viel höherem Grade um jener willen; es iſt eine lange Zeit des Taſtens und Suchens, des Schwankens und der Unſicherheit vorhergegangen, bevor dieſe Begriffe jene knappen, feſten Formen haben annehmen können, die ſie ſchon bei ihrem erſten hiſtoriſchen Auftreten an ſich tragen.

Einer je längeren Prüfung ich dieſe Begriffe unterworfen habe, um ſo feſteren Fuß hat die Ueberzeugung bei mir gefaßt, daß ſie in Wahrheit Kunſtproducte ſind, und zwar Producte einer Kunſt, die uns die höchſte Bewunderung abnöthigt. Wer die Jurisprudenz mit der juriſtiſchen Schriftſtellerei identificirt, für den fällt dieſe Kunſt freilich weit zurück vor die Zeiten der Jurisprudenz, und in ſeinen Augen kann ſie auf den Namen der letzteren keinen Anſpruch erheben. Allein wer wie ich das Kriterium der Jurisprudenz in etwas anderem erblickt als im Bücherſchreiben, wer ſie ſetzt in das juriſtiſche Denken, der wird jener Kunſt dieſen Namen nicht vorenthalten, denn von einem juriſtiſchen Denken legen die Begriffe und Formeln, in denen wir die dauern-

Digitized by Google

den Ergebnisse ihrer Thätigkeit vor uns haben, in einer Weise Zeugniß ab, wie ganze Wagenladungen von Büchern für so manche schreibluſtige Zeitalter es nicht könnten. Dies Denken geht nur nicht, wie bei uns, in die Breite und ist uns nur nicht in seiner ursprünglich flüssigen Gestalt, sondern objectivirt und comprimirt auf kleinsten Raum, d. h. in Gestalt eines Rechtsbegriffs erhalten, und darum wird es von so Vielen übersehen, wie man ja auch im gewöhnlichen Leben sich oft nicht bewußt ist, daß die einfachsten Geräthschaften, Kunstgriffe u. s. w. Resultate einer oft über Jahrhunderte sich ausdehnenden geistigen Anspannung enthalten.

Wenn man aber mit uns jene Niederschläge des ältesten römisch-juristischen Denkens, wie wir die Grundbegriffe des römischen Rechts nennen dürfen, einer Analyse unterwirft, das in ihnen objectivirte Denken wiederum in Fluß versetzt, so erstaunt man wahrhaft über die geistige Kraft und Arbeit, von der sie Zeugniß ablegen, über die Fruchtbarkeit und Einfachheit der Gedanken und die Consequenz und Energie der Durchführung — Eigenschaften, welche die Idee, daß die unmittelbare Volksüberzeugung, das naive, nicht reflectirende Denken sie hervorgebracht habe, geradezu zu einer Abgeschmacktheit stempeln. Man sieht eine reiche Gedankenwelt sich aufthun, eine Welt, von der freilich eine Rechtsgeschichtsschreibung, der die werthlosen Namen von Juristen schwerer wogen, als juristische Gedanken, eben so wenig eine Vorstellung hatte, wie der Ungebildete sie von der Welt hat, die in Form der Versteinerungen das Innere der Erde uns aufbewahrt. Wie das Auge des Paläontologen in diesen Versteinerungen den steinernen Bericht über die Geschichte unserer Erdrinde erblickt, wie sie ihm Vorgänge und Umwälzungen aus einer Periode, früher als alle Geschichte, verkünden, so gehört auch nur die rechte Kunst des historischen Lesens dazu, um in dem ältesten Begriffsmaterial des römischen Rechts eine *juristische Schöpfungsgeschichte* desselben verzeichnet zu finden, einen Bericht über das, was bei der ursprünglichen Bildung seiner Grundbegriffe geschehen ist, wie hier mit dem Willen und dem sittlichen Gefühl sich die Reflexion

Digitized by Google

und die juriſtiſche Kunſt verbunden haben, um die Welt des Rechts in ihren Grundfeſten fertig zu bringen.

Es wäre Vermeſſenheit beſtimmen zu wollen, was bei der Geſtaltung der Begriffe auf Rechnung der juriſtiſchen Kunſt, was auf Rechnung der übrigen rechtsbildenden Factoren zu ſetzen, z. B. wie ſich der Antheil, den jene einerſeits und der Macht- und Freiheitstrieb andererſeits am römiſchen Eigenthumsbegriffe genommen haben, auf beide vertheilt, allein daß dieſe Kunſt an allen Rechtsbegriffen ihren Antheil und zwar ihren großen Antheil hatte, das ſteht mit unverkennbaren Zügen in jenem Bericht verzeichnet, ja es laſſen ſich gewiſſe, bei ihnen allen wiederkehrende techniſche Grundgedanken nachweiſen, die ihnen ein ganz beſtimmtes juriſtiſches Gepräge aufdrücken und uns in Stand ſetzen, einen Typus der Structur aufzuſtellen, der ſich bei ihnen eben ſo ſehr wiederholt, wie er umgekehrt bei den Inſtituten, die erſt dem neuern Recht ihren Urſprung verdanken, einem andern Platz macht. Um darin ein Werk der naiven, nicht reflectirenden Volksanſchauung zu erblicken, während doch die Abſicht, Berechnung, Planmäßigkeit aus allem hervorleuchtet, müßte man geradezu die Augen ſchließen — eben ſo gut könnte man glauben, daß die Conſtruction der Dampfmaſchine durch Zufall gefunden worden ſei. Wie die Darſtellung des Einzelnen ſpäter genauer nachweiſen wird, entfernt ſich die Structur einzelner dieſer Inſtitute in dem Maße von der natürlichen Geſtalt, die ſie im Leben an ſich tragen, und in der mithin auch die natürliche Auffaſſung des Volks ſie ſich vorzuſtellen pflegt, daß man geradezu von einem Widerſpruch gegen dieſelbe reden kann. So bringt z. B. das ältere Recht den Kauf in die Form zweier einſeitiger Stipulationen, dasſelbe gibt alſo das für die ökonomiſche Würdigung des Kaufs und damit zugleich für die unbefangene Auffaſſung des Laien maßgebende Moment der Zweiſeitigkeit völlig auf, um dies einheitliche Geſchäft juriſtiſch in zwei ſeparate auseinander zu legen — ein Gedanke durch und durch juriſtiſcher Art, der, wenn auch nicht dem Kopf eines Juriſten von Fach, doch jedenfalls dem juriſtiſchen Denken ſeinen Urſprung

Digitized by Google

verdankt. Vor allem aber tritt jener Zug der Künstlichkeit und Absichtlichkeit im ältern Proceß hervor, den wir eben darum einer genauern Betrachtung unterziehen müssen, ja jene vermeintliche Naivität und Natürlichkeit der Urperiode schlägt hier in dem Maße in ihr gerades Gegentheil um, daß unser heutiger Proceß ungleich weniger den Eindruck des Gemachten, Berechneten, Künstlichen macht, als der jener Kindheitsperiode.

Fort also mit jenem Wahn, daß es eine Zeit gegeben — und verlege man sie auch noch so weit zurück —, wo das Recht, wild aufgewachsen wie eine schöne Blume des Feldes auf dem gesegneten Boden des nationalen Rechtsgefühls, der pflegenden Hand des Menschen nicht bedurft hätte! Die Reflexion und Absicht hätten dasselbe freilich nie *schaffen* können, so wenig wie dies der Gärtner bei der Blume kann, allein, was sie können und von jeher gethan haben, ist: es pflegen, begießen, beschneiden. Der Antheil, den die menschliche *That* an der Entwicklung des Rechts hat und nach der sittlichen Weltordnung einmal haben soll, beginnt bereits in der frühsten Periode, und die heutzutage so verbreitete Ansicht der historischen Schule, welche ihr beliebtes organisches Werden vorzugsweise in diese Periode verlegt, kann es nur darum, weil sie die *Hand* nicht mehr sieht, welche *gehandelt* — das Handeln von der Ferne gesehen erscheint als Werden! Die berechtigte Auflehnung gegen eine frühere Richtung, welche das „Machen" als einzige, wenn nicht ausschließliche Form der Rechtserzeugung betrachtete, und der Widerwille gegen den flachen Rationalismus der Aufklärungsperiode hat die historische Schule ihrerseits in das andere Extrem getrieben, das „Thun" ist in ihren Augen fast mit einem Makel behaftet, jedenfalls bildet das „Werden" d. h. die gewohnheitsrechtliche, unbewußte Bildung des Rechts ihr Ideal. Sie repräsentirt auf dem Gebiete *unserer* Wissenschaft ganz dieselbe Erscheinung, wie die romantische Schule auf dem der Literatur. Wie letztere mit ihrer poetischen Auffassung vom Mittelalter bereits seit geraumer Zeit einer zwar prosaischeren, aber wahreren Auffassung gewichen ist, so möchte es an der Zeit sein, der Poesie

Digitized by Google

der „unmittelbaren Rechtserzeugung“, des „organiſchen Wachsthums“ und wie ſonſt die beſtechenden Ausdrücke für eine und dieſelbe Sache heißen, die Proſa der Geſchichte entgegenzuhalten, und dies ſoll im Folgenden geſchehen.

Berechnung alſo und Abſicht ſind es, die von Anfang an bei der Geſtaltung des römiſchen Rechts mitgewirkt haben — *die juriſtiſche Kunſt iſt ſo alt wie das römiſche Recht ſelber*. Aber zwiſchen ihrem erſten Auftreten und ihrer Blüthezeit liegt, wie eine lange Spanne Zeit, ſo auch ein großer Fortſchritt und zwar nicht etwa bloß ein Fortſchritt des *Grades*, ſondern auch der *Art*. Andere Zeiten andere Aufgaben, andere Aufgaben andere Mittel und Wege zur Löſung! Die Methode der ſpätern Jurisprudenz in die alte Zeit hinein verlegt würde hier eben ſo ſehr am unrechten Ort geweſen ſein, als die der letzteren in jene, denn jede von ihnen war berechnet auf das eigenthümliche Problem, das ſie zu löſen hatte. Das Problem der alten Zeit aber beſtand darin, die Fundamente des Baus zu legen. Strenge Ordnung, mathematiſche Genauigkeit waren die Eigenſchaften, die hier vor allen geboten waren; die Richtſchnur, das Winkelmaß und das Senkblei ſind die architektoniſchen Symbole dieſer Periode, gerade Linien, ſcharfe Winkel und Ecken die charakteriſtiſchen Merkmale ihres Bauſtyls. Aber eben darum, weil die älteſte Jurisprudenz die Beſchränktheit dieſer ihrer Aufgabe richtig erkannt hatte und nicht über ſie hinaus gegangen war, konnte die ſpätere Jurisprudenz, fortbauend auf dem feſten Fundamente, das jene gelegt, ſich den höheren Aufgaben widmen, welche ihr vorbehalten waren, konnte ſie der Ordnung und Regelmäßigkeit die Freiheit und Schönheit hinzufügen und ihre Linien, ſtatt ſie ängſtlich nach der Richtſchnur zu bemeſſen, ohne Gefahr in den kühnſten Wendungen und Verſchlingungen ſich ergehen laſſen.

Verſuchen wir es, mit wenig Zügen eine Skizze der alten juriſtiſchen Kunſt zu entwerfen; der ſpecielleren Darſtellung der folgenden Paragraphen bleibt es vorbehalten, an die Stelle dieſer Skizze das ausgeführte Bild zu ſetzen.

Digitized by Google

Von den verschiedenen Seiten und Operationen der juristischen Technik, die wir bei unserer allgemeinen Schilderung derselben (§. 38) aufgeführt haben, finden wir bei der altrömischen Jurisprudenz nur zwei in nachweisbarer, aber um so ausgeprägterer Gestalt vor: die juristische Analyse und die juristische Oekonomie. Daß gerade sie historisch zuerst auftreten, hat in ihnen selbst ihren tieferen Grund (§. 49 u. 55), die Gestalt aber, die sie an sich tragen, ist bestimmt theils durch die Zeit des Erscheinens, theils durch ein für die Entwicklung einer jeden Kunst geltendes Gesetz.

Wie alles, was uns aus dem alten Recht überliefert ist, in dem Grundzug der Aeußerlichkeit den Stempel seiner Zeit an sich trägt, (§. 43—48), so auch die Technik des alten Rechts. So vor allem ihre Analyse. Unsere heutige Jurisprudenz und auch die spätere römische scheidet auf innerlichem, begrifflichem Wege, aber das alte Recht scheidet äußerlich, d. h. es hält nicht, wie wir, die Begriffe, wo sie in einem einzelnen Fall zusammen auftreten, innerlich auseinander, sondern sie trägt dafür Sorge, daß sie im einzelnen Falle gar nicht zusammentreffen können, indem sie jedem von ihnen eine separate Form anweist. Dies geschieht zunächst durch die Theorie der Rechtsgeschäfte (§. 53): jedes Rechtsgeschäft ist nur für einen rechtlichen Zweck bestimmt. Es geschieht sodann durch die Organisation des processualischen Verfahrens (§. 50, 51): jeder Proceß behandelt nur einen einzigen Anspruch, und weder von Seiten des Klägers, noch des Beklagten darf etwas eingemischt werden, das sich nicht unmittelbar auf diesen Anspruch bezieht. Die Zersetzung des Rechtsverhältnisses, die in unserem heutigen Recht lediglich den Charakter einer an den Richter ergehenden Anforderung an sich trägt, deren Befolgung durch nichts als die juristische Bildung des Richters gesichert ist, ist im älteren Rechte geradezu garantirt durch einen eigenen äußern analytischen Apparat — der Richter kann sich der Anforderung gar nicht entziehen, der Proceß selber scheidet für ihn, weil die vorhandenen Klagformen nur analytisch einfache Ansprüche in sich aufzunehmen vermögen.

Digitized by Google

Dieſer der alten Zeit angehörige Grundzug der Aeußerlichkeit wiederholt ſich auch bei dem anderen Zweige der alten Technik: der juriſtiſchen Oekonomie (§. 56—58); die Form, in der er hier zum Ausdruck gelangt, iſt das Scheingeſchäft.

Zu dieſem erſten Grundzuge der alten Technik geſellt ſich noch ein zweiter hinzu, der ebenfalls nicht in ihr ſelber, ſondern in einem für die Entwicklung einer jeden Kunſt geltenden Geſetz ſeinen Grund hat. Der Weg zur Freiheit in der Kunſt geht durch die Unfreiheit. Der unerläßliche Anfang der Kunſt ſowohl für die Individuen wie für die Völker iſt die ſtrenge, ſklaviſche Anwendung der Regel, nur Der wird Herr der Regel, der vorher ihr Sklave geweſen. Was dem Meiſter als lebendiges Geſetz ſeiner geſammten künſtleriſchen Anſchauung innerlich zu eigen geworden iſt, das ſteht dem Lehrling noch äußerlich gegenüber als mechaniſches Gebot, dem er ſich blindlings und ohne eigene Prüfung zu unterwerfen hat. Das Verhältniß innerer Unfreiheit prägt ſich in allen ſeinen Leiſtungen aus und drückt denſelben einen ganz beſtimmten Typus auf, der überall die Anfangsſtufen der Kunſt kennzeichnet, den der Tyrannei der Regel: Steifheit, Trockenheit, Pedanterie, aber zugleich auch den der ſtrengen Regelmäßigkeit, Folgerichtigkeit, Ordnung.

Das Geſagte gilt auch für die juriſtiſche Kunſt. Auch ſie hat, um zur geiſtigen Freiheit zu gelangen, das Stadium der Unfreiheit zurücklegen müſſen, und ſie trägt, ſo lange ſie auch in demſelben verharrt, ganz jenen Typus der Anfangsſtufe der Kunſt an ſich, auf der einen Seite: muſterhafte Ordnung und Einfachheit, mathematiſche Regelmäßigkeit und Genauigkeit, unerbittliche Conſequenz; auf der andern die Kehrſeite dieſer Vorzüge: Starrheit, Umſtändlichkeit, Schwerfälligkeit, Pedanterie. Um einen gegebenen Punkt zu erreichen, räumt die ältere Jurisprudenz, wenn irgend ein Hinderniß ſich ihr in den Weg ſtellt, es ſicherlich nicht aus dem Wege, ſondern ſie reſpectirt daſſelbe und ſchlägt lieber einen langen Umweg ein, um zum Ziel zu gelangen: ſie bewegt ſich nicht in der geraden Linie, ſondern im Zickzack. Und ſelbſt die

Digitized by Google

Erreichung des Zieles allein genügt ihr nicht, sondern sie sucht zugleich in der Art, wie sie es erreicht, sich und den von ihr eingeschlagenen Weg zu rechtfertigen — sie deducirt, indem sie operirt.

Es ist nicht schwer, jene ganze Weise der alten Jurisprudenz zu persifliren, und es ist begreiflich, daß Cicero bei seiner Abneigung gegen die Jurisprudenz dieser Versuchung nicht hat widerstehen können, es ist das Urtheil, das man dem Unkundigen zu gute halten kann. Aber der Kundige wird sich dadurch in seinem Urtheil über die alte Jurisprudenz nicht beirren lassen, er weiß, was sich hinter der wunderlichen Form birgt. Dem sklavischen Cultus der Regel, der selbst vor der Gefahr des Lächerlichen nicht zurückbebenden Consequenz und Strenge der Methode verdankt das römische Recht jene Vorzüge, die durch alles, was die spätere Jurisprudenz geleistet, um nichts an ihrem Werth und Glanz verlieren: jene wunderbare Klarheit und Durchsichtigkeit seiner ganzen Architektonik, die Deutlichkeit und Schärfe der Grundlinien und Grundformen und die krystallartig-scharfe Abgrenzung und fast mathematische Gegensätzlichkeit der einzelnen Begriffe. Das alte Recht ist in einer Weise schulgerecht angelegt, daß man glauben möchte, es habe dem praktischen Leben überhaupt nicht angehört, es sei vielmehr rein zu didaktischen Zwecken als ein Recht der Schule, eine Art von Mathematik des Rechts erfunden worden; eine Vorstellung, an der wenigstens so viel wahr ist, daß nirgends die Schule dem Leben gegenüber eine solche Macht behauptet und ein solches schulmeisterliches Regiment geführt hat, als im alten Rom (III, 404).

Unter den oben namhaft gemachten zwei Richtungen der juristischen Kunst nimmt die analytische entschieden die erste Stelle ein; wir werden mit ihr beginnen.

Digitized by Google

I. Die Analytik des Rechts.

Jurisconsulti . . . quod positum in una cognitione est, id in infinita dispertiuntur.
Cicero de leg. II. c. 19.

XLIX. Die mosaische Schöpfungsgeschichte läßt die Erschaffung der Welt ihren Anfang nehmen mit dem Scheiden: im Anfang schied Gott Himmel und Erde, Festes und Flüssiges, Licht und Finsterniß. In derselben Weise beginnt auch die juristische Schöpfungsgeschichte des römischen Rechts; ihre ersten Tage gehören ebenfalls dem Werk der Scheidung und Zersetzung. Und zwar war dies nicht Zufall, so daß die juristische Kunst etwa auch an einem andern Punkt ihr Werk hätte beginnen können, sondern wenn irgendwo, so mußte sie es hier thun. Nicht etwa darum, weil jede Entwicklung, die physische wie die geistige, mit Scheidung beginnt, sondern weil die Jurisprudenz sich erst auf dem Wege der Zersetzung in Besitz der einfachen Bestandtheile des Rechts setzen mußte, mit denen sie später zu operiren hatte (§. 39) — es mußte das Alphabet gefunden sein, bevor man ans Lesen und Schreiben denken konnte.

Im richtigen Gefühl von der Unerläßlichkeit dieser Aufgabe wendet sich daher die alte Jurisprudenz mit ihrer ganzen Energie dieser einen Aufgabe zu. Je gedankenärmer sie im übrigen ist, um so höhern Werth gewinnt für sie der eine Gedanke, den sie klar erfaßt hat, und an dem sie zuerst zum Bewußtsein ihrer selbst und ihrer Kunst gelangt: der Gedanke der Zersetzung. Ihre ganze Thätigkeit geht im wesentlichen auf in der Verwerthung dieses einen Gedankens, ihre Kunst ist Scheidekunst — das bestimmt

Digitized by Google

die Bedeutung und den Werth dieser ersten Periode und unterscheidet dieselbe von der Folgezeit der entwickelten Rechtswissenschaft. Was für letztere nur noch ein einzelner und nicht gerade hervorstechender Zweig der Berufsarbeit ist, bildet dort den einzigen. Dieser Grund mag es rechtfertigen, daß ich die Darstellung der analytischen Methode der römischen Jurisprudenz, nicht bloß der ältern, sondern der römischen Jurisprudenz überhaupt an diese Stelle verwiesen habe. Was die spätere Zeit in dieser Richtung leistet, ist mehr eine bloße Nachlese, die wir, um nicht genöthigt zu sein, im dritten System auf den Gegenstand zurückzukommen, gleich hier mit berücksichtigen werden. Nur in Bezug auf einen Punkt werden wir Veranlassung haben, der analytischen Methode im dritten System noch einmal unsere Aufmerksamkeit zuzuwenden; es ist dies die Veränderung, die in der späteren Zeit in Bezug auf ihre äußere Form vor sich geht. Die neuere Jurisprudenz behält den Grundgedanken der Zersetzung vollauf bei, aber der Handhabung desselben vollkommen mächtig, läßt sie das äußere Rüstzeug, dessen die ältere bedurfte, fallen und vollzieht die Operationen innerlich, ohne sie äußerlich in der Form hervortreten zu lassen.

Für unser obiges Urtheil über den analytischen Charakter der alten Kunst ist es weder nöthig noch möglich, Aeußerungen römischer Juristen in Bezug zu nehmen, da das ältere Recht uns vollkommen in Stand setzt, uns selber unser Urtheil zu bilden. Dagegen gewährt uns Cicero in dem als Motto über diesem Paragraphen benutzten Ausspruch einen beachtenswerthen Wink. Dieser Ausspruch, insoweit er einen Tadel gegen die Jurisprudenz begründen sollte, nur ein Beweis für die juristische Urtheilslosigkeit seines Urhebers, enthält doch als faktische Wahrnehmung, als Zeugniß über den Eindruck, den die juristische Literatur auf Cicero machte, eines der interessantesten Urtheile über die alte Jurisprudenz, das unsere heutige Rechtsgeschichtsschreibung sich nicht hätte entgehen lassen sollen. „Was auf einem Begriff beruht, zerspalten die Juristen in unzählige Stücke.“ Der Vorwurf war zwar zunächst

Digitized by Google

gegen die Zeitgenossen Cicero's gerichtet, allein er glitt von ihnen um einige Jahrhunderte auf ihre Vorgänger zurück, denn die bei weitem meisten Eintheilungen und Begriffsspaltungen, welche in den Schriften der ersteren vorkamen, stammten aus alter Zeit und gehörten nicht sowohl der Schule als dem Recht an, sie waren wie z. B. die Klagen, weniger theoretische Ideen, als praktische Potenzen. Was aber Cicero hier als Gebrechen der juristischen Wissenschaft seiner Zeit kennzeichnet, war nichts als der analytisch-juristische Geist des römischen Rechts, und nur indem er die totale Verschiedenheit des Gesichtspunktes, durch den der Philosoph, und durch den der Jurist sich bei seiner Begriffszersetzung leiten zu lassen hat, übersah, konnte er dahin gelangen, der alten Jurisprudenz zum Vorwurf anzurechnen, was das Lebensgesetz des Rechts ausmacht und ihr zur ewigen, unvergänglichen Ehre gereicht. Berechtigt wäre der Tadel nur dann gewesen, wenn die Jurisprudenz bei ihren Eintheilungen den praktischen Zweck außer Augen gelassen und sich von einer derartigen formaldialektischen Scheidewuth hätte hinreißen lassen, wie sie in Zeiten wissenschaftlicher Impotenz als Zerrbild wahren Denkens aufzutreten pflegt. Das alte Recht, welches uns sonst ein so reiches Material für die Schilderung der analytischen Methode an die Hand gibt, bietet für diesen letzten Vorwurf auch nicht die geringste Handhabe dar, im Gegentheil alle seine Begriffe, so fein gespalten sie auch sein mögen, finden in einem praktischen Motiv ihre Rechtfertigung, wie dies der Verlauf der Darstellung darthun wird. Zu Cicero's Zeit war übrigens bereits in der wissenschaftlichen Methode ein Umschwung eingetreten, welcher, indem er der Wissenschaft andere Ziele, Ideen und Wege eröffnete, der ausschließlichen oder auch nur vorherrschenden Richtung auf die Analyse ein Ende machte. Gerade die sonstige Gedankenarmuth und Beschränktheit des älteren Rechts hat, wie schon bemerkt, dem Flor der analytischen Kunst großen Vorschub geleistet, und wohl nie in der Geschichte hat letztere selbst sich zu einer solchen Höhe der Virtuosität erhoben und das Problem der Zersetzung des Rechts nicht bloß so

Digitized by Google

meisterhaft gelöst, sondern auch so sehr zur Anschauung gebracht, als im alten römischen Recht. Namentlich diese letztere Thatsache kann ich nicht genug hervorheben. Es lassen sich Aufgaben vollkommen richtig lösen, aber ohne daß ein Dritter in Stand gesetzt würde, den Weg zu erkennen, auf dem dies geschehen ist, und anderseits gibt es eine Art der Lösung, bei der jeder Schritt zum Ziele gewissermaßen vor den Augen der Zuschauer geschieht, Weg und Ziel, Resultat und Mittel, wie bei einem arithmetischen Exempel, ihm als ein Ganzes gleichzeitig offen vorliegen. In der letztern Weise operirt die analytische Methode des älteren Rechts. Wie unter einem durchsichtigen Glase das Innere einer Maschine, so arbeitet sie unter unsern Augen, gleich als ob der Mechanismus eigens zur Belehrung, zum Schulunterricht verfertigt worden wäre; was anderwärts bloß auf dem Wege des inneren Denkens vor sich geht, geschieht hier in der Form einer sichtbaren äußerlichen Einrichtung — im alten Proceß sieht man das Rechtsverhältniß, so zu sagen, unter das Schneidewerk gerathen, wodurch es zersetzt werden soll. Eben wegen dieser Sichtbarkeit der processualischen Procedur will ich meine Darstellung mit dem Proceß beginnen. Dieselbe würde sonst eigentlich einen andern Gang zu nehmen haben. Sie müßte zuerst nachweisen, wie sich die analytische Methode an der Zersetzung der Rechtsbegriffe bethätigt hat (das Alphabet des alten Rechts), dann wie sie die Anwendung derselben beherrscht und zwar zuerst im Rechtsgeschäft und sodann im Proceß. Aus dem angegebenen Grunde schlage ich den entgegengesetzten Weg ein, bei dem ich mich zuerst

I. der concreten Analyse zuwende. Sie hat zum Gegenstande die analytische Behandlung des concreten Rechsverhältnisses

A. im Processe, und zwar

1. analytischer Mechanismus des Processes im allgemeinen (§. 50);
2. der Angriff, die Klage (§. 51);
3. die Vertheidigung (§. 52);

Digitized by Google

B. im Rechtsgeschäft (§. 53);

II. Die abstracte Analyse oder die Zersetzung in Anwendung auf die Begriffe und zwar

1. die analytische Structur der Rechte (§. 54) und
2. die analytische Gestaltung des Thatbestandes (§. 55).

A. Der Proceß.

1. Analytischer Mechanismus desselben.

Relativ frühe Entwicklung des Processes. — Antheil des analytischen Gedankens an der Organisation des altrömischen Processes. — Der Zersetzungszwang des Actionensystems. — Fixirung des Moments der Litis-Contestation. — Idee der processualischen Cäsur.

> Illud enim video in hoc foro fieri . . . separantur actiones et de eo agimus, et de eo nobiscum agitur. Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi . . . Lex legi non miscetur, utraque sua via it, depositum habet actionem propriam tam mehercule quam furtum.
>
> Seneca de benef. VI 5. 6.

L. Wozu bedarf der Civil-Proceß eines „Mechanismus"? Was hat die Gesetzgebung nöthig über das processualische Verfahren Bestimmungen zu erlassen? Dieselben können offenbar nur den Zweck haben, die Auffindung der Wahrheit zu fördern, indem sie den zweckmäßigsten Weg dafür festsetzen; warum aber die Parteien zwingen, diesen Weg einzuschlagen, da ihr eigenes Interesse sie von selbst dazu veranlassen wird? So scheint denn der Proceß d. i. der durch gesetzliche Vorschriften geregelte Gang der Verhandlung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten nur ein Ausfluß der polizeilichen Bevormundungstheorie zu sein.

Es würde Jemand nicht viele Processe zu führen brauchen, um sich von der Irrigkeit dieser Ansicht zu überzeugen. Rechtspflege und gesetzliche Ordnung des processualischen Ver-

Digitized by Google

fahrens ist gleichbedeutend, denn Freiheit des Verfahrens heißt Freiheit der Unordnung: der Laune, Willkür, Parteilichkeit auf Seiten des Richters, der Chikane und der Verschleppung des Processes auf Seiten der Parteien. Freilich, wäre das Suchen nach Wahrheit auf Seiten der Parteien ein eben so uninteressirtes, wie es auf Seiten des Richters sein soll, das Recht brauchte beide dabei in keiner Weise zu beschränken. Allein dem Interesse an der Ermittelung der Wahrheit auf Seiten des Klägers steht auf Seiten des Beklagten das gerade entgegengesetzte gegenüber, und eben dieser Umstand allein schon würde eine Ordnung des Processes nöthig machen, der sonstigen Rücksichten, die dabei noch ins Gewicht fallen, zu geschweigen.

Die gesetzliche Regelung des processualischen Verfahrens oder sagen wir kurz: der Proceß ist demnach eine Nothwendigkeit. Wie bei fast allen Institutionen die Vortheile, die sie gewähren, durch gewisse Nachtheile erkauft werden müssen, so auch beim Proceß, und gerade er läßt sich jene recht theuer, ja bei fehlerhafter Organisation sogar unerträglich hoch bezahlen. Es ist ein Leichtes, eine Beschreibung vom Proceß zu entwerfen, welche ihn dem Unkundigen im abschreckendsten Licht erscheinen läßt, ohne daß man dabei nöthig hätte im Mindesten zu übertreiben. Oder wäre es Uebertreibung, wenn wir ihn folgendermaßen definiren wollten? Der Proceß ist eine Einrichtung, welche die Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung häuft und vermehrt, indem sie zu den materiellen Fragen des Streitverhältnisses noch die formellen des Verfahrens hinzufügt, — welche den Richter in der Ermittlung der Wahrheit beschränkt und hemmt und ihn nicht selten zwingt, ein Urtheil zu fällen, das mit seiner Ueberzeugung im Widerspruch steht — welche die Widerstandskraft des Unrechts gegen das Recht erhöht und in ihren Formvorschriften Netze und Fußangeln ausstellt, in denen sich oft die gerechteste Sache fängt. Alles dies ist in dem Maße begründet, daß es nicht einmal eine besonders fehlerhafte Organisation des Processes voraussetzt, sondern in der Idee des Processes selbst gelegen ist, aber eben dieser Umstand beweist mehr als alles

Digitized by Google

andere, wie unschätzbar die Vortheile des Processes sein müssen, wenn man einen solchen Preis von jeher nicht zu hoch gefunden hat.

Im Anfang ihrer Geschichte werden die Völker diese Erfahrung von der Nothwendigkeit des Processes theuer haben bezahlen müssen, aber diese Erfahrung gehört jedenfalls zu den frühsten, die sie überhaupt gemacht haben, *denn der Proceß selbst gehört zu den frühst entwickelten Rechtsinstitutionen.*[1]) Zu einer Zeit, da die materiellen Rechtsbegriffe erst in sehr schwachen Umrissen für uns sichtbar werden, begegnet uns der Proceß bereits in ausgebildeter und präcisirter Gestalt, er bildet einen der ältesten Gegenstände der Gesetzgebung (II 653, 654). Wie sehr ändert sich dies später! Wie sehr treten hier die processualischen Gesetze gegenüber den materiellen in den Schatten, welche enorme Fortschritte macht das materielle Recht, wie geringe das Proceßrecht!

Daß der Proceß im Anfang der Geschichte sich in dem Maße in den Vordergrund drängt, erklärt sich sehr einfach. Der Proceß ist eine Einrichtung, die unbestritten der Reflexion und Berechnung ihren Ursprung verdankt, denn wer auch noch so sehr der Ansicht huldigt, daß die Völker ihre Rechtsbegriffe mit auf die Welt gebracht haben, für den *Proceß* wird auch er nicht umhin können zuzugeben, daß sie ihn *machen*, ihn erst suchen und probiren mußten, bis sie das Richtige fanden. Daher gehören Proceßreformen zu den ältesten, von denen die Rechtsgeschichte zu berichten weiß, sie bezeichnen uns eben jene Periode des Suchens; darum aber auch werden sie späterhin im Vergleich zu den Aen-

1) Außer dem römischen Recht verweise ich auf *Island* (K. *Maurer*, Die Graagans, Bericht von Rive in Pözl, Krit. Vierteljahrsschrift VII S. 66: „die ältesten Aufzeichnungen betreffen vornehmlich — — die Dingverfassung und weniger das Privatrecht. Erst gegen das Ende des vorzugsweise der juristischen Literatur zugewandten Zeitraums, als die Jurisprudenz bereits gewandter, scharfsinniger und spitzfindiger geworden war, dürfte auch das bürgerliche Recht eingehendere Behandlung gefunden haben") und auf *England* (*Gundermann*, Engl. Privatrecht I S. 54: „Ueberwuchern des Processes über das materielle Recht").

Digitized by Google

derungen des materiellen Rechts so selten, denn wenn das Richtige im Proceß einmal gefunden ist, bedarf es des Suchens nicht mehr, und Aenderungen in der Volksanschauung, im Leben u. s. w. üben auf den Proceß, bei dem es sich nicht um sittliche Ideen, sondern lediglich um Zweckmäßigkeit handelt, einen ungleich geringeren Einfluß aus, als auf die Institute des materiellen Rechts. Ohne die Rückwirkung der politischen Veränderungen auf die Gerichtsverfassung hätte der Formularproceß in Rom sich muthmaßlich noch Jahrhunderte halten können.

Die Präponderanz des Processes in der Kindheitsperiode des Rechts äußert sich in doppelter Weise. Einmal in seiner eigenen relativ frühen und energischen Durchbildung. Dieselbe documentirt sich in formeller Beziehung in der reichen und detaillirten Ausbildung der processualischen Formen, in materieller Beziehung in der Strenge der zur Anwendung gelangenden processualischen Grundsätze. In beiderlei Hinsicht sollte man sagen, daß der Druck des Processes der damaligen Zeit ungleich fühlbarer hätte werden müssen, als uns heutzutage. Aber jene Zeit scheint bei ihrer robusten Natur für die Reibung des Processes (worunter ich die oben angedeuteten unvermeidlichen Uebelstände desselben verstehe) weniger empfindliche Nerven besessen zu haben, als wir. Diese Reibung ist heutzutage eine ungleich geringere als damals, die Proceßmaschine, wie alle Maschinen, ist eine vollkommnere geworden. Die Präponderanz des Processes bewährt sich aber zweitens auch am materiellen Rechte, insofern er nämlich allen denjenigen Partien desselben, die, wenn ich so sagen darf, nach der Proceß-Seite hin liegen, einen processualischen Stempel aufprägt.[1a]) Von einer solchen Einwirkung läßt sich heutzutage kaum sprechen, in jener Zeit hingegen ist sie eine höchst beträchtliche. Beleuchtet und erhellt von demselben Licht, das zuerst über den Proceß sich ausbreitet, haben alle jene dem Proceß zugekehr-

1a) Was darunter zu verstehen, darüber s. III 652 und die folgenden beiden §§.

Digitized by Google

ten Institute oder Begriffe des materiellen Rechts in ihrer Entwicklung einen entschiedenen Vorsprung gewonnen vor den ihm abgewandten. [1b])

Es knüpft sich hieran eine eigenthümliche Erscheinung für das spätere Recht: der Proceß verändert sich, aber die durch ihn hervorgerufenen und auf ihn berechneten Sätze des materiellen Rechts erhalten sich noch eine Zeit lang durch die Macht der Tradition, so wie die Spitzen der Berge noch eine Zeit lang beleuchtet bleiben, nachdem die Sonne bereits untergegangen ist. Wer diesen eigenthümlichen Sachverhalt nicht kennt, kann durch diese Erscheinung leicht irre geführt werden und müht sich vergebens ab, die Lichtquelle zu entdecken. Statt aller andern Beispiele verweise ich auf die Erklärung des Satzes: impensae necessariae dotem ipso jure minuunt in §. 52.

Die Gestaltung des processualischen Verfahrens ist eine reine Frage der Zweckmäßigkeit oder der legislativen Politik. Daraus, daß der Zweck des Processes in einer Analyse des Rechtsverhältnisses besteht, das Ent-scheiden regelmäßig durch Scheiden geschieht, folgt noch keineswegs, daß der Gedanke der Analyse auf jene Gestaltung einen bestimmenden Einfluß ausüben, der Mechanismus des Processes selbst ein analytischer sein müsse. Unser heutiger Proceß z. B. läßt in seiner Structur den analytischen Zweck gar nicht weiter hervortreten, letzterer vollzieht sich vielmehr, ohne durch eine äußere Einrichtung des Verfahrens unterstützt oder garantirt zu werden, lediglich durch die subjective Denkthätigkeit des Richters. Das verwickeltste Rechtsverhältniß kann sich ihm

1b) Der Nachweis des ursprünglichen Zusammenhanges des materiellen Rechts mit dem Proceß und der allmählichen Lockerung dieses Bandes würde zu den interessantesten rechtshistorischen Untersuchungen größeren Styls gehören, selbstverständlich dürfte sie nicht auf das römische Recht beschränkt werden, sondern müßte insbesondere auch das deutsche Recht in den Kreis der Betrachtung ziehen, das in dieser Beziehung, soweit ich darüber ein Urtheil habe, außerordentlich lehrreich ist. Ein solches Buch würde für die wahrhafte Erkenntniß des Rechts förderlicher sein als ganze Wagenladungen voll der gewöhnlichen civilistischen Abhandlungen.

Digitized by Google

nahen, ein ganzer Knäuel von Ansprüchen von der einen wie der andern Seite, ohne daß der Proceß selber ihm die geringste Beihülfe gewährt, diesen Knäuel durch Sonderung der einzelnen Fäden zu entwirren. Der Besitz der Rechtskenntniß, deren der Staat sich heutzutage in der Person seiner Richter versichert, gewährt die Garantie oder soll sie wenigstens gewähren, daß der Richter dazu im Stande ist; ist er es nicht, so zwingt der bloße Mechanismus des Processes ihn nicht zum Scheiden.

Kann denn der Proceß ihn zum Scheiden zwingen? — höre ich fragen; wenn es eine solche processualische Scheide-Maschine gäbe, die dem Richter das Zersetzen abnähme oder auch nur erleichterte, würden wir uns dieselbe entgehen lassen? Vielleicht doch — vielleicht ist uns nur der Preis zu theuer!

Jene Maschine nämlich ist in der That von den Römern erfunden worden und Jahrhunderte lang in Gebrauch gewesen. Sie beruht auf dem oben in unserm Motto von Seneca in Bezug auf die Gegenforderungen des Beklagten ausgesprochenen Gedanken, daß in je einem Proceß nur über je einen Anspruch verhandelt werden kann, daß also, wo ein Verhältniß mehrere Ansprüche in sich schließt, dasselbe in eben so viele separate Klagen und Processe aufgelöst werden muß, als Ansprüche vorhanden sind, nicht aber, wie es in unserm heutigen Recht möglich ist, *als solches* in seiner Totalität in einem einzigen Proceß zum Gegenstand richterlicher Untersuchung gemacht werden kann — die römische Proceßmaschinerie ist nur auf einfache, nicht auf zusammengesetzte Körper eingerichtet. Das Scheiden erfolgte nicht, wie bei uns, *in*, sondern *vor* dem Proceß, nicht durch den *Richter*, sondern durch den *Kläger*, es konnte nur je ein Anspruch von der Partei vor den Richter gebracht werden, das Oehr, in das der Faden eingefädelt werden mußte, war so eng, daß es nur einen einzigen zur Zeit aufnahm. Die Nöthigung zu dieser vorprocessualischen Ausscheidung lag im römischen *Actionen-System*. Keine Sache konnte anders vor den Richter gelangen, als in Gestalt einer der vorhandenen *Actionen*. Letztere aber waren nicht etwa wie die

Digitized by Google

Stipulation bloße Einkleidungsformen für jeden beliebigen concreten Inhalt, dem sie sich elastisch angeschmiegt hätten, sondern sie waren starre, unabänderliche Typen, verschieden nach Art und Natur des Anspruchs und nur passend für denjenigen Inhalt, der ganz genau die Größe und das Maß hatte. Eine Klage *ohne* diese Form war eine Unmöglichkeit — es gab keine Klage schlechthin, sondern nur eine bestimmte Zahl von einzelnen genau formulirten *Actionen* (III § 47[c]); da aber jede Actio nur der processualische Ausdruck für einen abstract erfaßten *einfachen* Anspruch war (§. 51), so folgte daraus mit Nothwendigkeit, daß jeder concrete Anspruch, der in derselben Platz gefunden, eben damit sich als *einfachen* documentirt hatte.

Jede Klage war eine Frage an den Richter (judex im römischen Sinn), und zwar, wie oben bemerkt, eine *einzige*;[1c] so viele Fragen man also an ihn richten wollte, so vieler Processe bedurfte es. Die Frage war gestellt, nicht wie die des heutigen Beweisinterlokuts, auf einzelne Thatsachen, sondern auf die *Existenz des Anspruchs*;[2] eine weitere Auflösung der Frage nach Art der Fragstellung an unsere heutigen Geschwornen fand in Rom nicht statt. Die Fassung der Frage war ursprünglich die einer *Suggestivfrage* d. h. eine solche, daß der Richter sie mit Ja und Nein beantworten konnte und mußte (intentio certa), die Urtheilsform war ihm schon in den Anträgen der beiden Parteien vorgezeichnet, so daß er nur zwischen den beiden von ihnen proponirten Urtheilsentwürfen zu wählen brauchte (sacramentum justum — injustum esse, rem actoris esse, non

---

1c) Dasselbe verlangt Cicero hinsichtlich der dem Senat vorzulegenden Fragen, de legib. III, 4. 11: ne plus quam de singulis rebus simul consulunto.

2) Im Formularproceß: formula in jus concepta: rem actoris esse, jus esse eundi, — dare oportere u. s. w.; Gaj. IV 41, 45. (Die actiones in factum conceptae [ib. 46] sind späteren Ursprungs, s. drittes System.) Auch im englischen Strafproceß ist die Frage an die Geschwornen in jus concipirt: Schuldig oder Nichtschuldig.

Digitized by Google

esse, dare oportere, dare non oportere u. s. w.). Darin liegt, daß auch der Geldbetrag des Anspruchs, wo nämlich die Condemnation auf Geld und nicht auf die Sache selbst ging, in der Klage genannt werden mußte; denselben völlig unbestimmt zu lassen (intentio incerta) und mit einem bloßen: quidquid N. N. ob eam rem Ao. Ao. dare facere oportet zu begehren, widerstritt durchaus dem ursprünglichen processualischen Fragesystem und wäre namentlich mit der Urtheilsform im Sacramentsproceß absolut unverträglich gewesen.

Dem Bisherigen nach werden wir behaupten dürfen: die Anforderung einer Zersetzung des Rechtsverhältnisses, die bei uns lediglich als ein bloßes Sollen an den Richter ergeht, war im römischen Proceß eine in die Anstalt verlegte processualische Nothwendigkeit; die Römer haben es verstanden, einen processualischen Mechanismus mit Zersetzungszwang zu erfinden. Diesen Zwang üben die Actionen allerdings zwar zunächst nur gegen den Kläger aus, allein der ganze Zweck der Einrichtung wäre vereitelt worden, wenn dasselbe Gesetz, das für den Kläger galt: ein Proceß, eine Frage, nicht auch für den Beklagten gegolten hätte. Von welcher Seite ungehörige Fragen in den Proceß eingemischt wurden, war, wenn einmal diese Einmischung für bedenklich erkannt worden war, vollkommen gleichgültig, und dem Beklagten geschah damit, daß er in seiner Vertheidigung lediglich auf die vom Kläger angeregte Frage beschränkt und mit seinen selbständigen Gegenansprüchen auf ein besonderes Verfahren verwiesen ward, eben so wenig ein Unrecht, wie dem Kläger, wenn ihm ein Gleiches rücksichtlich derjenigen Klagen geschah, die ihm zur Verfolgung seines Zweckes sonst noch zu Gebote standen. So wie die richterliche Untersuchung, so ward auch die Vertheidigung des Beklagten durch die Klage streng fixirt, beide konnten nicht nach der Seite ausschweifen, nicht zugleich einräumen und ein „Aber" hinzufügen, sondern beide hatten nur die Wahl zwischen einem kategorischen Ja oder Nein.

Die bisherige Schilderung der analytischen Structur des römi-

Digitized by Google

schen Processes hat nur in allgemeinen Umrissen gezeichnet, was die folgenden beiden Paragraphen genauer ausführen und beweisen sollen. Der Grund, warum letzteres nicht schon an dieser Stelle geschieht, besteht darin, daß die Analytik des römischen Processes mit dem Bisherigen noch keineswegs erschöpft ist, des Totaleindrucks wegen aber eine zusammenhängende, durch keine ausführlichen Detailuntersuchungen unterbrochene Darstellung derselben wünschenswerth war. Erst am Schlusse unserer ganzen Untersuchung wird es am Platz sein, die Frage vom Werth der römischen Einrichtung in ihrer etwaigen Brauchbarkeit für unser heutiges Recht aufzuwerfen.

Der Gedanke der Fixirung der richterlichen Aufmerksamkeit auf einen einzigen Punkt, dem das System der römischen Klagen seinen Ursprung verdankt, erweist sich auch nach einer andern Richtung hin für den römischen Proceß höchst fruchtbar, nämlich in Bezug auf die Beachtung, die der Richter dem Verhalten des Streitgegenstandes während des Processes angedeihen zu lassen hat. Wenn der Streitgegenstand während des Processes sich verändert, z. B. abnimmt, zunimmt, untergeht, wenn er im Preise steigt, sinkt oder dem Besitzer abhanden kommt, so wirft sich die Frage auf, wie soll die richterliche Beurtheilung sich dazu verhalten? Hat sie Akt davon zu nehmen, so kann dies ganz ebenso, wie wenn bei einer sonstigen Untersuchung das Object während derselben sich bewegt, recht störend in den Gang des Processes eingreifen, die ganze bisherige Disposition des Processes verrücken, ganz neue Verhandlungen und gar ein Wiederaufnehmen bereits erledigter Punkte nöthig machen. Das neuere römische Recht hat sich durch diese Gefahr nicht abhalten lassen, der Stimme der Billigkeit, welche eine Berücksichtigung dieser Veränderungen fordert, Gehör zu geben, allein das ältere Recht hat auch hier, wie so oft, die Interessen der Ordnung höher gestellt, als die der Billigkeit, es erklärt alle jene Veränderungen für einflußlos und verweist den

Digitized by Google

Richter einzig und allein auf den Moment, in dem der Proceß vor ihm beginnt, d. h. den der Litisconteſtation, was die an ihn gerichtete Frage formell dadurch ausdrückt, daß ſie auf das Präſens: rem, jus actoris esse, dare facere oportere, alſo auf den Moment lautet, wo ſie an ihn ergeht, ſo wie die Sachlage in dieſem Moment beſchaffen iſt, ſoll ſie die Grundlage des ganzen Verfahrens bilden. Der Richter ſtellt ſich bei Abgabe des Urtheils nicht auf den Standpunkt der Gegenwart, um den ganzen Verlauf des Proceſſes rückwärts zu verfolgen und dem entſprechend auch die Veränderungen des Streitgegenſtandes während desſelben in Betracht zu ziehen, ſondern er ſtellt ſich auf den Moment der Litisconteſtation, ohne von da aus den Blick vorwärts oder rückwärts zu wenden. Dieſe letztere Behandlungsweiſe enthält abermals einen Anwendungsfall der analytiſchen Methode, was auf den erſten Blick nicht ſo einleuchtend iſt. Wie die Actio mit dem Rechtsverhältniß, ſo verfährt ſie mit dem Thatbeſtande der Klage, beide ſcheiden aus einem Ganzen ein Stück aus: jene aus einem Gedanken-Ganzen, den Thatbeſtand dieſer beſtimmten Klage, dieſe aus einem Zeit-Ganzen, den flüchtigen Moment der Litisconteſtation. Wie bei einem Lichtbilde wird dieſer vorübergehende Moment aufgefangen und fixirt, und wie immerhin auch der Gegenſtand ſelber ſich ändere, der Richter hält ſich lediglich an das in dem beſtimmten Moment fixirte Bild. So ſetzt ſich in dieſer Ausſcheidung der Ausſcheidungsproceß, der mit der Klage beginnt, nur fort, denn von dem Thatbeſtande der Klage, den letztere aus dem Geſammtrechtsverhältniß der Parteien ausgeſondert hat, ſondert jene wiederum einen einzelnen Daſeinsmoment aus — eine punktualiſirende Behandlungsweiſe, die das ältere Recht, wie wir an anderer Stelle zeigen werden, auch bei dem Rechtsgeſchäft ſtreng feſthält, während das neuere in beiden Anwendungsfällen den Zeitraum an die Stelle des Zeitpunktes ſetzt, d. h. für den Proceß wie das Rechtsgeſchäft ein Werden anerkennt.

In ungleich höherem Grade als bei dem Streitgegenſtande iſt dieſe Fixirung beim Streit ſelbſt erforderlich. Wir können

Digitized by Google

uns auch hier zwei Möglichkeiten denken: die eine, welche den Streit bis zum Moment des Urtheils im Zustande der Flüssigkeit, des Fluctuirens verharren läßt, die andere, welche ihn schon vorher in feste Formen zwingt, ihn stückweise, so zu sagen, erstarren läßt. Bei jener Behandlungsweise würde alles, was bis zum Urtheil geschähe, noch rechtzeitig geschehen — während des Processes, könnte man sagen, *geschehe* nichts, sondern es bereite sich bloß ein künftiges Geschehen vor, es häufe und sammle sich bloß das Material zum Urtheil; in welchen Moment des Processes die einzelnen Behauptungen und Beweise fielen, wäre gleichgültig, Nachträge und Berichtigungen wären bis zum Schluß verstattet, der Schluß selber aber würde nicht auf einem innern Abschluß des Streites, sondern auf reinem Belieben des Richters beruhen. Es genügt, sich diese Behandlungsweise zu vergegenwärtigen, um sie als eine unmögliche zu erkennen. Sie würde den „Streit" (lis) zu einem „Gezänke" (jurgium) herabsetzen, auf- und abwogend gleich der Welle, ohne aus der Stelle zu kommen. Ein neues, vielleicht bloß aus Chikane bisher unterlassenes Vorbringen von Seiten der Partei, die Erkenntniß des Richters, daß der Proceß bisher in einer verkehrten Richtung geführt worden sei, würde ihn, nachdem er schon beim Ende angelangt schien, zu seinen Anfängen zurückwerfen.

Darum bedarf es einer bestimmten Ordnung für den Proceß, eine Disciplinirung des Streites, welche, indem sie einerseits die Parteien beschränkt, ihnen anderseits gegen richterliche Willkür und Parteilichkeit und die Chikane der Gegenpartei, welche in der Regellosigkeit des Verfahrens das sicherste Versteck besitzen, Schutz gewährt. Diese Disciplin des Streits besteht darin, daß dem Proceß ein bestimmter Gang vorgezeichnet und dem entsprechend allem, was zu geschehen hat, eine bestimmte Stelle und Zeit gesetzt wird, wovon die Ausschließung versäumter Handlungen nur die nothwendige Folge ist. Hier kommt der Proceß, wie sein Name (procedere) es bekundet, wirklich aus der Stelle und ist gegen die Gefahr gesichert, einen bereits zurückgelegten Weg zum

Digitized by Google

zweiten Mal machen zu müssen, oder in einem spätern Stadium, wie man es ausgedrückt hat, zu seinen Anfängen zurückverschlagen zu werden.

Welche Gemeinschaft aber hat diese Behandlungsweise mit der analytischen Methode? Sie entlehnt derselben wenigstens eine Idee, nämlich die der Zerlegung des Processes in gewisse Stadien, von denen jedes seine eigenthümliche Bedeutung und Wirkung hat, und das Resultat des vorausgehenden die Basis des folgenden wird — die Methode der stückweisen Erledigung der Aufgabe, man kann sie als die Idee der processualischen Cäsur bezeichnen.

Der römische Proceß hat von jeher drei Cäsuren gehabt, die erste: das Stadium der Vorbereitungshandlungen und der Feststellung des Streitpunktes, endend mit der Litiscontestation (Verfahren in jure), die zweite: das Stadium der Verhandlung vor dem Richter (judex im römischen Sinn), endend mit dem Endurtheil (Verfahren in judicio), die dritte: das Stadium der Execution. Jedes dieser drei Stadien erfaßt und behandelt den Anspruch in einer andern Gestalt, das erste: in seiner ursprünglichen, außerprocessualischen, das zweite: in der, die er durch die Litisconstetation, das dritte: in der, die er durch das Urtheil gewonnen hat. Bei der Obligation bringen die römischen Juristen den gestaltenden Einfluß, den der Proceß auf sie ausübt, unter den Gesichtspunkt der Consumtion und Novation und drücken dies in dem Satz aus: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.*)

Wir wenden uns jetzt der Aufgabe zu, die wir oben ausgesetzt haben, der genaueren Ausführung des analytischen Charakters der römischen Actionen.

---

3) Gaj. III, §. 180.

Digitized by Google

2. Die Actionen processualische Reagentien.

Casuistische Erläuterung. — Unzulässigkeit der Klagencumulation. — Das Gesetz der Scheidung der Klagen. — Auffindung desselben auf inductivem Wege. — Individualitätsmoment des Eigenthums, der Obligation und des Erbrechts — casuistische Erprobung des Gesetzes.

> Majores nostri subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum jura pervenerunt. Justinianus in l. 12 Cod. de praes. longi temp. (7. 33).

LI. In unserer heutigen Theorie und Praxis spielen die römischen Klagen zwar noch dem Namen nach eine große Rolle, allein wenn diese Namen sich wieder beleben würden zu dem, was sie einst waren, sie würden mit Protest zurückgewiesen werden. Wer würde heutzutage auf die Idee kommen, ein ihm gestohlenes Fuhrwerk vom dritten Besitzer in der Weise zurückzufordern, wie es das römische Recht verlangt d. h. jedes Pferd und den Wagen und die einzelnen darauf befindlich gewesenen Sachen sämmtlich mit einer besonderen Reivindication? Wie viele Praktiker würden gegen eine solche Idee schon dadurch geschützt sein, daß sie sich derselben gar nicht bewußt sind! Ist doch selbst die Theorie bei ihrer Schilderung römischer Klagen oft recht unrömisch in die Irre gegangen; sie kannte z. B. eine Servitutenklage, die zugleich auf Anerkennung der Servitut, Schadensersatz und auf Caution für zukünftige Störungen gerichtet ist[4]). Kein römischer Jurist würde dieselbe als echt anerkennen, darin vielmehr nur einen Bastard römischer und moderner Ideen erblicken. Des Contrastes wegen will ich die römische Behandlungsweise einmal an einem Beispiel veranschaulichen. Es hat Jemand auf seinem Lande den Lauf des Regenwassers zum Nachtheil seines Nachbarn unbefugter Weise geändert; wie kommt der Nachbar zu seinem Recht? Der Jurist Paulus gibt uns darauf Antwort:[5]) es bedarf vier Klagen! Der einen (act. aquae pluviae arcendae), um die getroffene Anlage

4) So z. B. Puchta §. 191 (act. confess.), §. 172 (act. negatoria).
5) L. 14 §. 2—4 de aq. pl. (39. 3).

Digitized by Google

rückgängig zu machen, einer zweiten (interd. quod vi aut clam), um Schadensersatz für die bisher erlittenen Nachtheile zu erwirken, einer dritten (Klage aus der dem Beklagten aufzuerlegenden cautio damni infecti) zur Sicherung gegen Aenderungen nach dem Urtheil, und endlich wegen der im Lauf des Processes etwa getroffenen Aenderung einer eigenen zweiten act. aq. pl. arc.

Dieses eine Beispiel wird mehr, als lange Ausführungen es vermöchten, dem Leser eine Anschauung von dem analytischen Charakter der römischen Klagen gegeben haben. Nicht um den Eindruck desselben zu verstärken, sondern weil ich derselben für die Folge als Material bedürftig bin, will ich noch eine Reihe anderer Beispiele hinzufügen.

Es ist dabei nicht außer Acht zu lassen, daß die streng analytische Structur mancher Klagen im neueren Recht nicht selten verwischt worden ist, indem dieselben auf Zwecke ausgedehnt worden sind, welche im früheren Recht entweder überhaupt nicht verfolgbar waren oder nur in Form von besondern Klagen. Daß die Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, auch gegen den angestellt werden können, welcher den Besitz doloser Weise aufgegeben hat, ist bekanntlich ein Satz des neuern Rechts, aber auch wenn äußere Zeugnisse uns dies nicht ausdrücklich meldeten, würden innere Gründe uns zu dieser Annahme nöthigen, denn dieses Umschlagen einer reipersecutorischen Klage in eine pönale[7]) enthält vom Standpunkt des ältern Rechts aus eine Unmöglichkeit. Letzteres hält die beiden Klagen in dem Maße streng auseinander, daß es selbst bei Delicten, wo aus demselben Factum zwei Klagen entspringen, z. B. beim Diebstahl (act. furti und condictio furtiva) keine Vermischung derselben vornimmt — die act. mixta ist für das ältere Recht eine technische Mißgeburt, ein

6) Im Fall der Veräußerung des Grundstücks von Seiten des Thäters sogar noch einer fünften Klage, L. 3 §. 2 de alien. jud. (4. 7).

7) Diesen Charakter einer Pönalklage nimmt nämlich die reipersecutorische hier an, arg. L. 7 de alien. jud. (4. 7) cf. L. 4 §. ult. L. 5, 6 ibid. L. 42 L. 52 de R. V. (6. 1).

Digitized by Google

Verstoß gegen die Elementarbegriffe seiner Technik.[7a]) Zwar die durch das Edict eingeführte actio vi bonorum raptorum vereinigt beide Functionen, allein daß diese Vereinigung sich erst in späterer Zeit vollzogen hat, wird dem, der das Quellenmaterial[8]) einer Prüfung unterwerfen will, nicht verborgen bleiben. Der Schutz gegen dolose Veräußerungen bei den gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen, der im neuern Recht ein Stück der Klage selbst geworden ist, und der dem ältesten Rechte gänzlich fehlte, ist historisch zuerst durch den Prätor eingeführt worden in Form eines besonderen unvollkommneren Rechtsmittels (act. in factum propter alienationem judicii mutandi causa factam).

In diesem Fall ist uns zufälligerweise die Kunde über die Umgestaltung der Klage erhalten; in wie vielen Fällen, wo letztere sich auf dem innerlichen Wege einer freieren Interpretation vollzog,[9]) mag sie uns verloren sein? Es wird daher gerathen sein, nicht jede Klage in der Form, wie sie uns im neuern Recht erhalten ist, ohne weiteres dem ältern Recht zu überweisen, vielmehr nach Maßgabe der folgenden Untersuchung Kritik zu üben.

7a) Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. I. S. 174, will in der act. arborum furtim caesarum der XII Tafeln eine act. mixta erblicken; allein daß sie eine reine Pönalklage war, ergibt sich meines Erachtens aus L. 6 pr. Arb. furt. (47. 7). Mittelst der doppelten Taxe der Bäume erhielt der Eigenthümer kein Aequivalent für letztere selber, denn die stillschweigende Voraussetzung der Klage war, daß sie auf seinem Grundstück stehen oder liegen geblieben waren; entgegengesetzten Falls hätte es dieser Klage nicht bedurft, sondern es hätte ein furtum vorgelegen, aus dem die act. furti aufs Duplum und die cond. furtiva zugestanden hätte.

8) Ich hebe von demselben nur Gaj. IV 8, L. 1 vi bon. (47. 8) cf. L. 2 §. 26 ib. hervor.

9) So z. B. kann der Servitutberechtigte die Duldung nöthiger Reparaturen des Weges nach der Ansicht der klassischen Juristen durch die act. confess. erzwingen, L. 4 §. 5 si serv. (8. 5), während das Edict dafür ein eigenes Interdict für nöthig gehalten hatte, bei dem der Beweissatz nicht etwa leichter, sondern strenger, als bei jener Klage gewesen war (Beweis des Rechts und der Ausübung) L. 3 §. 11, 13 L. 4 de itin. (43. 19).

Digitized by Google

Dem obigen Beispiel der act. aq. pluv. arc. schließt sich am nächsten an eine Reihe von Fällen, in denen es sich um Anerkennung eines gestörten sachenrechtlichen Verhältnisses (Besitz, Eigenthum, Servitut) handelt. Auch hier geht die Klage nicht auf Ersatz des durch die Störung angerichteten Schadens, [10]) sondern lediglich auf Anerkennung, welche aber die thatsächliche Restitution der Sache zu ihrer nothwendigen Folge hat, so wie vom Moment der Litiscontestation an auf die Früchte, unter welchem Ausdruck die spiritualisirende Auffassung einer spätern Zeit auch das Interesse verstand (III 434). Daß die reivindicatio auch auf die in der Vergangenheit gezogenen Früchte gerichtet werden kann, halte ich

---

10) Interd. uti possidetis: arg. L. 3 de interd. (43. 1), L. 8 §. 4 de prec. (43. 26), L. 3 §. 11 uti poss. (43. 17). Daß für die „vergangene Zeit Schadensersatz geleistet werden muß" versteht sich nach Savigny Recht des Besitzes (§. 39) beim interd. utrubi von selbst, beim uti poss. (§. 38) beruft er sich auf die letztere Stelle, welche lediglich von dem quanti interest possessionem retinere d. h. dem Interesse des gegenwärtigen Besitzes spricht — so wenig ist selbst den Koryphäen unserer Wissenschaft das richtige Verständniß des römischen Klagensystems aufgegangen! — Rücksichtlich der reivindicatio wird schwerlich Jemand, der eine Idee von der Bedeutung römischer Klagformeln hat, glauben, daß eine Klage mit der Intention: rem meam esse auf Schadensersatz für die Vergangenheit hätte gerichtet werden können. Daß der Beklagte die Sache vor Beginn des Processes verletzt hatte, kam für die reivind. gar nicht in Betracht, dieserhalb mußte vielmehr die act. leg. Aquiliae angestellt werden; nur seine Handlungen während des Processes fielen vermöge der Proceßobligation unter den Bereich der reivind. und zwar mit genauer Festhaltung des für letztere zutreffenden Gesichtspunktes d. h. ohne den Pönalzusatz der act. leg. Aq. (s. L. 27 §. 2 R.V. 6. 1). Für die act. conf. und negat. gilt ganz dasselbe; keine einzige der Stellen, welche man für das Gegentheil anführt, entscheidet den allein relevanten Punkt, mit welcher Klage der unzweifelhaft zustehende Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden soll, die Ausdrücke fructus und quod interest (z. B. servitute non prohiberi, L. 4 §. 2 si serv. 8. 5, nicht prohibitum esse) beziehen sich auf die Zeit des Processes (s. mein Schuldmoment im röm. Privatrecht. S. 26 (Vermischte Schriften S. 183). Für jenen Zweck waren das interd. quod vi aut clam und die act. leg. Aquiliae L. 27 §. 7—11, §. 25, 26, 31, 33 ad leg. Aq. 9. 2) beziehungsweise die cautio damni infecti und operis novi nunciatio bestimmt,

Digitized by Google

für einen Satz des neuern Rechts. Einem bösgläubigen Besitzer gegenüber, in dessen Person die Aneignung der Früchte ein furtum nec manifestum in sich schloß, [11]) wäre der Vindikant ein Thor gewesen, wenn er dieselben zum einfachen Betrage mit der Hauptklage, anstatt zum doppelten Betrage mit einer besondern Diebstahlsklage, beigetrieben hätte; daß er aber, auch wenn er es gewollt hätte, weder ihm, noch dem gutgläubigen Besitzer gegenüber dazu berechtigt war, soll an anderer Stelle nachgewiesen werden. [12]) Der Reivindicatio haben wir schon oben die beiden charakteristischen Beispiele entlehnt, mit denen wir diesen Paragraphen begannen. Bedingt durch die äußere Selbständigkeit der zu vindicirenden Sache, setzte sie, wenn letztere mit einer fremden verbunden war, deren Trennung voraus, ohne daß sie selbst dieselbe hätte erzwingen können, wozu es vielmehr einer eigenen act. ad. exhibendum bedurfte, und beim Vorhandensein mehrerer selbständiger Objecte war sie auf jedes besonders zu richten, [13]) d. h. es galt der Satz: so viel Gegenstände, so viel Vindicationen.

Das Obligationenrecht möge uns außer dem obigen Beispiel

---

11) Aus dem Gesichtspunkt des furtum erklärt sich die bekannte Bestimmung der XII Tafeln, daß der Beklagte im Fall seines Unterliegens (ohne Rücksicht auf bona oder mala fides) die doppelten Früchte zurückgeben muß, er hat den Versuch gemacht, sie sich widerrechtlich anzueignen; ob durch entschuldbaren Irrthum veranlaßt, kommt nicht in Betracht, s. mein Schuldmoment S. 12, 13 (Vermischte Schriften S. 167, 169). Festus: vindiciae. Anerkennung des obigen Gesichtspunktes im neuern Recht: L. 15 de usur. (22. 1).

12) Bei Gelegenheit der Untersuchung über das unvollkommen d. i. im ältern Recht durch keine Vindicatio, sondern bloß durch die mancherlei Diebstahlsklagen geschützte Eigenthum an res nec mancipi. Vorläufig s. L. 3 Cod. de cond. ex lege (4. 9) . . fructibus consumtis vero condictione conventus, L. 18 de exc. (44. 1).

13) L. 3 §. 1 de R. V. (6. 1). Armamenta navis singula erunt vindicanda (L. 56 ibid.), und (mit Andeutung des in dieser Hinsicht obwaltenden Unterschiedes zwischen persönlichen Klagen und der reivind.) L. 2 §. 26 vi bonor. rapt. (47. 8) . . . singulae res. Ueber die Behandlung der Heerde s. u. Daß der Satz jedoch für den Formularproceß nicht in der Strenge galt, wie er für den Legisactionenproceß hat gelten müssen, darüber s. Note 18b).

Digitized by Google

der Zerlegung des durch ein Delict begründeten Anspruchs in die reiperſecutoriſche und Pönal-Klage noch zwei andere liefern. Kein Richter würde heutzutage daran Anſtoß nehmen, wenn die Klage des einen Geſellſchafters gegen den andern nach Auflöſung der Geſellſchaft neben ſonſtigen Anträgen auch den auf Theilung der gemeinſchaftlichen Gegenſtände enthielte; an einen römiſchen Richter hätte eine ſolche Klage gar nicht gelangen können, es hätte zweier Klagen bedurft: der act. pro socio und communi dividundo. [14]) Das Darlehn als Realcontract hat nach römiſchem Recht lediglich das Kapital zum Gegenſtande, das Zinsverſprechen bildet einen beſonderen Vertrag für ſich (Stipulation); daraus folgt, daß es für beide, inſofern ſie nicht durch eine gemeinſame Stipulation in *eine* Obligation verwandelt wurden, ebenfalls zweier Klagen bedurfte.

Ueber die praktiſche Bedeutung der im Bisherigen durch Beiſpiele ſattſam erläuterten Spaltung der Klagen werde ich kurz hinweggehen dürfen. Der Leſer weiß bereits: jede ſolche Klage bedeutete einen *beſonderen Proceß*, nicht alſo, wie bei uns, bloß ein materielles Klagerecht. Die Unterſcheidung der vorhandenen Klagen im einzelnen Fall hat auch für uns ein hohes Intereſſe, aber regelmäßig nur das der richtigen materiellen Claſſification und Beurtheilung des Anſpruchs, nicht aber ein proceſſualiſches, denn unſer heutiger Proceß verſtattet die Cumulation mehrerer Klagen in *einem* Proceß. Während er ſie nun ſelbſt da zuläßt, wo die mehreren Klagen in gar keinem inneren oder äußeren Nexus ſtehen, z. B. wo ſie ſich auf völlig verſchiedene Gründe ſtützen und völlig verſchiedene Zwecke verfolgen, ſchließt der römiſche Proceß die Cumulation ſelbſt da aus, wo zwiſchen den mehreren Klagen die engſte Verwandtſchaft beſteht. Er behandelt die Klagen nicht wie wir bloß als materiell rechtliche Begriffe, als Klagrechte, ſondern als *proceſſualiſche Individuen*, die auch da, wo ſie

14) L. 43 pro socio (17. 2). Aehnlich im Erbrecht das Verhältniß der hered. pet. partiaria und act. fam. ercisc. L. 1 §. 2 L. 7 si pars her. (5. 4).

Digitized by Google

in einer und derselben Person mit andern zusammentreffen, ihre Individualität darin behaupten und bethätigen, daß jeder Anspruch für sich allein geltend gemacht wird.

Mit dieser Behauptung steht die herrschende Lehre in Widerspruch, welche eine Klagencumulation schon nach römischem Recht für zulässig erklärt. Die Stellen, auf die sie sich beruft, sprechen zum Theil von der gleichzeitigen Anstellung mehrerer Klagen und der Ueberweisung derselben an einen und denselben Richter; allein so wenig wie heutzutage die gleichzeitige Erhebung mehrerer Klagen vor einem und demselben Richter, wenn sie durch eben so viel verschiedene Akte erfolgt, als Klagen vorhanden sind, unter den Gesichtspunkt der Cumulation fällt, eben so wenig im römischen Proceß. Die verschiedenen Klagen schmolzen hier wegen der bloßen Identität des Richters und der Parteien nicht zu einem Proceß zusammen, [15]) sondern jede blieb für sich, hatte ihre besondere formula [16]) und war mithin durch einen besonderen [17]) Urtheilsspruch zu erledigen. Gegen eine derartige gleichzeitige Behandlung mehrerer Klagen vor demselben Richter hatte das römische Recht so wenig etwas zu erinnern, daß es dieselbe in späterer Zeit sogar auf indirectem Wege zu erzwingen suchte. [18])

---

15) Wenn Plank Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 67 sich im entgegengesetzten Sinn ausdrückt, so ist das nur eine Verschiedenheit des Ausdrucks, denn er selbst erkennt S. 69 an, „daß die Verbindung an der juristischen Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsstreites nichts ändere, vielmehr nur factisch gewisse Vortheile gewähre."

16) Quintilian. Inst. orat. III, 10: privata quoque judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent. Wie hätte auch wohl die gemeinsame Formel für den Fall der L. 1 §. 4 quod leg. (43. 3), auf die man sich u. a. beruft, die Verbindung der her. pet. und des interd. quod legatorum, lauten sollen!

17) Wenn Plank a. a. O. S. 90 den Richter in „einem Urtheile über sämmtliche Ansprüche entscheiden" läßt, so ist dies für den Formularproceß nicht richtig, denn so viele formulae, so viele Urtheile; durch die bloße zeitliche Aneinanderreihung der mehreren Urtheile schmolzen sie nicht zu einem zusammen.

18) Das „später" folgt aus der Form, in der es geschah: der ex-

Digitized by Google

Um eine wirkliche Klagencumulation zuzulassen, d. h. die mehreren Klagen in eine Formel zu bringen, hätten die Römer ihr ganzes Klagensystem und die Theorie der Formeln aufgeben müssen. In dem Legisactionenproceß stellten sich der Klagencumulation noch ganz specielle Gründe entgegen, wenigstens bei derjenigen Art des Verfahrens, welche die Regel bildete: der legis actio sacramento. Zunächst das öffentliche Interesse. Jede Streitsache brachte dem betreffenden Fonds (I Note 214, 216) ein sacramentum ein, Klagencumulation hätte hier also so viel geheißen, als denselben in seiner Einnahme verkürzen, mehrere Processe um den Preis eines sacramentum führen. Sodann die Proceßform. Der Streit wurde formell um das sacramentum geführt, der Richterspruch lautete auf sacramentum justum und injustum esse (I 173). Wie hätte das Urtheil lauten sollen, wenn bei der Verbindung mehrerer Proceßsachen zu einem Proceß der Richter in der einen dem Kläger, in der andern dem Beklagten den Sieg hätte zuerkennen wollen? Hier konnte weder das sacramentum der einen, noch das der andern Partei für ganz verwirkt oder für ganz rückzahlbar erklärt werden, es hätte also nichts erübrigt, als das sacramentum zu theilen! — eine Idee, zu der sich schwerlich Jemand bekennen wird. [18a])

Wenn ich so eben die Möglichkeit der Klagencumulation auch für das neuere römische Recht in Abrede gestellt habe, so darf

---

ceptio rei residuae. Gaj. IV, 122. — Quellenmäßige Beispiele einer solchen Vereinigung mehrerer Streitigkeiten unter einem Richter bei Plank S. 67 Note 3.

18a) Es gilt hier dasselbe, was Cic. pro domo 20 §. 53 von der lex Caecilia Didia über die Cumulation verschiedener Gesetzesvorschläge sagt: ne populo necesse sit in conjunctis rebus compluribus aut id, quod noluit accipere aut id, quod velit, repudiare. S. auch L. 17 pr. de app. (49. 1) Cum in una causa separatim duplex sententia divisa datur, veluti una sortis, alia usurarum, duplex appellatio necessaria est, ne alteram agnovisse, de altera provocasse intelligatur. Dasselbe Bedenken erhebt sich bei den s. g. complexen Fragen im Schwurgerichtsverfahren, Glaser, Die Fragstellung im Schwurgerichtsverfahren, Wien 1863, S. 63, 64.

Digitized by Google

ich doch nicht verschweigen, daß unsere Quellen drei unleugbare Fälle des Gegentheils enthalten;[18b]) sie erlauben nämlich, eine einzige act. familiae erciscundae in Anwendung auf mehrere denselben Parteien gemeinschaftliche Erbschaften, eine einzige act. pro socio für mehrere unter ihnen bestehende Societäten und eine act. emti für einen vom Erblasser und einen vom Erben mit derselben Person über dieselbe Sache abgeschlossenen Kaufcontract.[19]) Der Umstand, daß alle diese Fälle Obligationsverhältnisse derselben Art zum Gegenstand haben, während sich für die Cumulation verschiedener Klagen, z. B. einer act. venditi und locati kein Beispiel beibringen läßt, ist sicherlich kein rein zufälliger; er erklärt jedenfalls die formelle Möglichkeit einer solchen Cumulation, indem es dazu in diesen Fällen keiner Aenderung der gewöhnlichen formula der act. pro socio u. s. w., keiner besonders construirten Doppel-Formel bedurfte, und diese Leichtigkeit einer Abweichung von der ältern Regel mag für eine Zeit, der, wie im dritten System zu zeigen ist, der Sinn für die scharfen Formen und die Plastik des alten Processes mehr und mehr abhanden gekommen war, den Ausschlag gegeben haben, während in allen andern Fällen die formelle Schwierigkeit ein unübersteigliches Hinderniß entgegen setzte. So hat die bereits vielfach von uns beobachtete conservirende Macht der Form (III 517) sich auch hier

18b) Als vierten muß ich jetzt noch den von Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen, Halle 1871, S. 101 nachgewiesenen Fall der Vindication mehrerer Gegenstände hinzufügen, s. die von ihm angeführten L. 7, 21 §. 2 de exc. rei jud. (44. 2), L. 6 de R. V. (6. 1), L. 1 §. 1 de instr. (33. 7), L. 6 §. 1 de pec. leg. (33. 8); über die Gründe dieser Behandlungsweise s. daselbst S. 104.

19) L. 25 §. 3, 4 fam. erc. (10. 2), L. 52 §. 14 pro soc. (17. 2) — auch wenn man die letztere Stelle nicht von mehreren über verschiedene Objecte abgeschlossenen Societäten, sondern von einer und derselben, bei einem Todesfall erneuerten Societät verstehen will, bleibt die Schwierigkeit gleich groß, denn die Erneuerung der Societät enthält jedes Mal einen neuen Abschluß — L. 10 de act. emti (19. 1). In L. 1 de quib. reb. (11. 2) erblicke ich keinen hierher gehörigen Fall, denn unter den „eosdem" sind andere Personen zu verstehen, als die „plures".

Digitized by Google

wieder ein Mal bewährt. Ohne das Formelwesen wäre unsere heutige Klagencumulation statt bei uns wahrscheinlich schon in Rom zur Welt gekommen!

Wir wenden uns jetzt der ebenso schwierigen, wie wichtigen Frage zu: durch welchen Gesichtspunkt hat das römische Recht sich bei der Scheidung und Abgrenzung der Klagen leiten lassen? Ich meine nicht den Zweck, den es damit verfolgte, der ist uns bereits bekannt (S. 20), sondern die Rücksicht, durch die es bestimmt wurde, das Gebiet der einzelnen Klage gerade so weit und nicht weiter abzustecken. — Aber hat es überhaupt eine bestimmte Rücksicht, ein Gesetz dabei verfolgt? Wäre es nicht der Fall, so würden wir bloß von einer analytischen Tendenz des ältern Rechts sprechen dürfen, bei der wir über das Einzelne keine Rechenschaft zu geben brauchten, dasselbe vielmehr als Werk individueller Beliebung dahingestellt sein lassen dürften, während wir im umgekehrten Fall die Verpflichtung übernehmen, über das Einzelne Rede und Antwort zu stehen.

Wir brauchen vor dieser Verpflichtung nicht zurück zu schrecken: ein solches Gesetz existirt und läßt sich bis in das Einzelnste hinein nachweisen. Wir sind in der Lage, die Erwägungen, die vor Jahrtausenden die ersten und ältesten Bildner des römischen Rechts bei Abgrenzung der Klagen geleitet haben, den Einschnitt im einzelnen Fall gerade da zu machen, wo sie es gethan, noch heute darzulegen, den Bildungsproceß des römischen Klagensystems vor unserm Auge sich von neuem abspielen zu lassen.

Nicht ein vages Gefühl von dem Werth der analytischen Methode war es, was sie dabei trieb; sie wußten genau das Warum und Bis-wie-weit, und den praktischen Zweck des Scheidens fest im Auge haltend, waren sie gesichert gegen die Gefahr einer Ausartung ihrer Thätigkeit in unfruchtbare Begriffsspalterei, gegen jenen Abweg, auf dem das Scheiden zum Selbstzweck und damit zur Verirrung wird.

Digitized by Google

Von dieser Verirrung, welche zu Zeiten wissenschaftlicher Oede und Dürre das schöpferische Denken ersetzt und carikirt, gilt was Quintilian[20]) treffend sagt: sie spaltet selbst das, was seiner Natur nach einfach ist, und indem sie nicht sowohl scheidet, als zerstückelt, bewirkt sie durch ihre Unterscheidungen gerade das, was sie abwehren will: Dunkelheit. Es bedarf nur eines Blickes auf das ältere Recht, um sich zu überzeugen, daß dasselbe sich von dieser Verirrung völlig frei gehalten hat. Wäre es ihm darum zu thun gewesen, möglichst kleine Klagen zu schaffen, es hätte, wie bei der Vindication mehrerer Gegenstände (Note 13), so auch bei dem Kauf derselben eben so viele Klagen geben können, als Objecte vorhanden waren; oder da es für die Stipulation den Satz aufstellt: tot stipulationes, quot res, d. h. wenn eine Stipulation mehrere Gegenstände umfaßt, so ist es eben so gut, als ob über jeden derselben eine besondere Stipulation abgeschlossen wäre, so hätte es diesem Satze, dessen hauptsächliche, wenn nicht ausschließliche praktische Bedeutung in der Klagenconsumtion und der exc. rei judicatae liegt, auch die Tragweite einräumen können, daß über jeden der mehreren Gegenstände besonders hätte geklagt werden müssen; kurz, soweit für den Kläger die Möglichkeit einer Theilung der Klage reichte, hätte es dieselbe zur Nothwendigkeit erheben können. Eine solche Zersetzung des Klagstoffs hätte in der That den Vorwurf Quintilians, den einer völlig widersinnigen Zerstücklung verdient; weit entfernt, einem praktischen Interesse zu dienen, hätte sie demselben vielmehr in eclatantester Weise widerstrebt.[21])

Verfolgen wir diesen Weg weiter, so führt er uns von selbst zum Ziel. Warum wäre es sinnlos gewesen, die zehn Gegenstände

---

20) Quintil. Inst. orat. IV, 5 § 25 . . . quae natura singularia sunt, secant, nec tam plura faciunt quam minora; deinde quum fecerunt mille particulas, in eandem incidunt obscuritatem, contra quam partitio inventa est.

21) L. 29 pr. de V. O. (45. 1) . . nam per singulos — denarios singulas esse stipulationes — absurdum est.

Digitized by Google

der Stipulation durch zehn besondere Klagen verfolgen zu lassen? Weil der Richter in den zehn Processen immer eine und dieselbe Frage hätte behandeln, immer auf einen und denselben Klaggrund hätte zurückkommen müssen. Keine dieser als möglich gesetzten zehn Klagen weicht von der andern auch nur im mindesten ab; was die eine hat, haben sie sämmtlich, und ob der Richter bloß eine von ihnen oder alle zehn auf ein Mal entscheidet, die Mühe ist ganz dieselbe. Vom Standpunkte des Richters aus — und der soll ja für die Frage von der Scheidung der maßgebende sein — bedarf es hier nur einer Untersuchung, das heißt aber so viel als: es liegt hier nur eine Klage, ein Anspruch vor.

Ganz anders bei der Vindication einer Mehrheit von Gegenständen. Die Untersuchung muß hier auf jeden einzelnen Gegenstand allein gerichtet werden, [22]) denn aus dem Eigenthum an dem

22) S. jedoch Note 18b. Bei einer Heerde, die als solche bereits existirt d. h., wenn ich so sagen darf, eine landwirthschaftliche, sich stets selbst erhaltende Größe und Einheit gebildet hat (also nicht z. B. bei hundert Schafen, die ein Metzger auf dem Markt zusammen gekauft hat), ließ das römische Recht schon im Legisactionenproceß (Gaj. IV, 17) eine Vindication zu. Es heißt nur einen andern Ausdruck gebrauchen, wenn man sagt: die Heerde bilde einen Gegenstand (universitas); erklärt ist damit gar nichts, namentlich nicht, warum dieselbe Behandlungsweise nicht auch bei andern Sachen-Complexen z. B. einer Bibliothek eintritt. Die Erklärung liegt m. E. in dem eigenthümlichen Verhältniß der Ergänzung der Heerde aus sich selbst, welches nach Grundsätzen über den Fruchterwerb dem Eigenthümer und gutgläubigen Besitzer das Eigenthum gewährt und präsumtiv alle Stücke der Heerde ergreift, für die nicht das Gegentheil nachgewiesen wird. Die Vindication der Heerde stimmt also mit dem Grundsatz: eine Frage, eine Klage, denn der Richter hat bei ihr trotz der Mehrheit der Gegenstände doch bloß eine und dieselbe Frage zu entscheiden. Dies schließt nicht aus, daß hinzugekommene fremde Schafe hinterher von ihrem Eigenthümer vindicirt werden könnten, L. 30 §. 2 de usuc. (41. 3), L. 1 §. 3 de R. V. (6. 1); es tritt dasselbe Verhältniß ein, wie rücksichtlich der Vindication einer zusammengesetzten Sache, z. B. eines Hauses, welches als Ganzes vindicirt werden kann, obschon einzelne Bestandtheile anderen Personen gehören. Ein anderes Beispiel außer der Heerde bietet der Bienenschwarm L. 5 §. 2, 4 de A. R. D. (41. 1). Auf die Ansichten Anderer über dieses viel behandelte Thema kann ich hier selbstverständlich nicht eingehen; die neueste Stimme, welche sich hat vernehmen lassen, ist die von Göppert

Digitized by Google

einen folgt nicht das an dem andern — es liegen so viel selbständige Fragen als Gegenstände vor, und um dem Richter Gelegenheit zu geben, über jede einzelne besonders zu antworten, bedarf es der Form der separaten Klage; ohne diese Form hätte er dies nicht gekonnt, vielmehr über sämmtliche gleichlautend entweder mit Ja oder Nein antworten müssen.

Bei der Obligation bestimmt sich demnach die Einheit oder Mehrheit des Verhältnisses nach dem Entstehungsgrunde, bei dem Eigenthum nach dem Gegenstande; dort gilt der Satz: so viel obligatorische Thatsachen, so viel persönliche Klagen,[23]) hier: so viel Gegenstände, so viel Vindicationen. Der Umfang, in dem der Eigenthumsbegriff sich im einzelnen Fall bethätigt und erschöpft, ist durch die Natur, d. i. durch die Sache selbst, vorgezeichnet; Recht und Gegenstand fallen, wie auch der Sprachgebrauch, welcher die Sache statt des Rechts nennt, andeutet, in dem Maße zusammen, daß jenes hinter diesem weder zurückbleiben, noch über denselben hinausgehen kann, d. h. an einer Sache sind nicht zwei Eigenthumsverhältnisse möglich (Einheit der Sache, Einheit des Rechts) und an zwei Sachen nicht ein Eigenthum (Mehrheit der Sache, Mehrheit des Eigenthums). Bei der Obligation hingegen bestimmt lediglich der subjective Wille den Umfang des einzelnen Rechtsverhältnisses. Ob die Stipulation auf 100 oder 1000 lauten, der Kaufcontract einen oder zehn Gegenstände umfassen soll, hängt vom Belieben der Parteien ab; die Obligation ist so zu sagen ein leerer Beutel von unbegrenzter Elasticität, in den sie beliebig viel

(Note 18b). Ueber die her. pet. s. u., über das Vindicationslegat s. L. 2, 6 de leg. II (31), L. 79 pr. de leg. III (32).

23) Die Gleichartigkeit des Zwecks kann dieselben in der Ausübung beschränken (Concurrenz der Klagen), allein zur Entstehung kommen sie alle. — Eine von der obigen Ansicht abweichende, von ihrem Urheber selber nur als „wahrscheinliche Hypothese" bezeichnete Auffassung, der zufolge die Obligation nicht durch ihren Entstehungsgrund, sondern durch ihr Object individualisirt sein soll, findet sich bei Salpius, Novation und Delegation nach R. R. 1864 S. 184.

Digitized by Google

oder wenig hineinpacken, den sie zuschnüren können, wann und wo sie wollen. Ob sie nun, um im Bilde zu bleiben, für mehrere Gegenstände einen oder mehrere Beutel nehmen wollen, ist ihre Sache, aber jedes Zuschnüren (contrahere) bedeutet einen Beutel, jeder Beutel eine Obligation, folglich eine Klage. Denn während die Entscheidung der allein relevanten Frage, ob der Beutel richtig geschnürt und gebunden ist, über ihn und seinen ganzen Inhalt entscheidet, die Frage also für sämmtliche darin enthaltene Gegenstände eine und dieselbe ist, muß sie für jede andere zwischen diesen Parteien abgeschlossene Obligation jedes Mal von neuem aufgeworfen werden, denn daraus, daß das eine Mal gültig contrahirt ist, folgt dasselbe nicht auch für ein anderes Mal, und diese mehreren Fragen in demselben Proceß zusammenwerfen hätte für den römischen Proceß geheißen: dem Richter die selbständige Beantwortung jeder einzelnen unmöglich machen, ihn zwingen, sie entweder sämmtlich zu bejahen oder sämmtlich zu verneinen.

Der eben ausgesprochene ziemlich einfache Grundsatz kann in der Anwendung zu Schwierigkeiten führen, denn das Verhältniß gestaltet sich nicht immer so einfach, wie hier angenommen, vielmehr nimmt es nicht selten den täuschenden Schein an, als ob bloß ein einziger Obligationsgrund vorliege, während das Recht doch mehrere Obligationen, und umgekehrt als ob mehrere Obligationsgründe vorliegen, während doch das Recht nur eine Obligation annimmt. Ersteres tritt ein, wenn z. B. Jemand mit dem Abschluß eines Pachtcontractes zugleich einen Kaufcontract verbindet. In Wirklichkeit sind hier zwei selbständige obligatorische Thatsachen vorhanden, welche nur der Kürze wegen — eine Kürze, die im ältern Recht entschieden unstatthaft war (§. 53) — in einen äußern Akt zusammengezogen werden. Ein anderes Beispiel bietet das obige (S. 28) der reiperſecutorischen und Pönal-Klage. Beide werden durch einen und denselben äußern Akt: das Delict, ins Leben gerufen, allein der obligatorische Grund beider ist verschieden, bei der einen, der Pönal-Klage, besteht er in dem Delict, bei der

Digitized by Google

andern hingegen in der durch das Delict bewirkten Vermögensveränderung, zu der sich das Delict selbst bloß als äußere Veranlassung verhält, und welche, wie sie ohne Delict vorkommen, so auch umgekehrt bei letzterem fehlen kann. Trotz dieser Verschiedenheit des Gesichtspunktes, der ihnen beiden zu Grunde liegt, wäre ein Grund zur Aufstellung zweier Klagen, wenn beide nur im übrigen ganz denselben Weg gehen würden, hier eben so wenig vorhanden gewesen, wie z. B. bei der act. pro socio, mandati, tutelae rücksichtlich der verschiedenen Posten, welche sie umfassen können (Herausgabe der erhobenen Gelder, Schadensersatz für culpa u. a.), und von denen im einzelnen Fall der eine Posten ohne den andern vorkommen kann. Allein diese letzteren Posten gehen, wenn sie vorhanden sind, stets denselben Weg, erleiden dieselben Schicksale, jene beiden Ansprüche dagegen sind nicht aneinander gekettet, der eine erlischt mit dem Tode des Schuldigen, der andere geht gegen seine Erben über, der eine verjährt unter Umständen schon in einem Jahre, der andere nach früherem Recht gar nicht, nach späterem erst in längerer Zeit. Hatte man einmal für beide Ansprüche solche Verschiedenheiten statuirt, so verstand sich in der correcten Sprache des ältern Rechts die Bezeichnung derselben als zweier Klagen von selbst, denn wie hätte der Richter mit Ja oder Nein antworten sollen, wenn er sich überzeugt hätte, daß der Anspruch auf die Strafe bereits verjährt war, der reipersecutorische dagegen noch nicht? Das spätere Recht freilich fand nichts Anstößiges darin, eine Delictsklage in ihrer Richtung auf die Strafe mit dem Tod oder dem Ablauf der Verjährungsfrist untergehen, in Richtung auf die Sache aber fortdauern zu lassen,[24] — eine Erscheinung, die zu den oben S. 28 charakterisirten gehört, und in der ein Jurist der guten alten Zeit einen nicht geringeren Verstoß gegen die Elementarbegriffe seiner Kunst gefunden haben würde, als ein musikalischer Purist des vorigen Jahrhunderts in

24) Quatenus ad heredes pervenit, L. 19 quod metus (4. 2), L. 17 §. 1 L. 26 de dolo (4. 3), L. 23 §. 8 ad leg. Aq. (9. 2) u. a.

Digitized by Google

den Quintengängen und so vielen andern musikalischen Freiheiten, welche die neuern Musiker sich herausnehmen. Man könnte mir den Einwand machen, warum das ältere Recht nicht wenigstens da, wo jene beiden Ansprüche zufälligerweise ganz zusammenfielen, verstattet habe, sie in einer Klage geltend zu machen. Als Antwort diene erstens, daß die Frage, ob sie zusammenfallen, erst im Proceß selbst festgestellt werden kann, und sodann, daß, wenn man die Scheidung der Klagen von dem zufälligen Zusammen- oder Auseinanderfallen hätte abhängig machen wollen, der Zweck und Grundgedanke des Klagensystems vereitelt worden wäre; denn derselbe besteht ja gerade darin, daß da, wo im einzelnen Falle mehrere Ansprüche zusammentreffen, das strenge Auseinanderhalten der materiellen Gesichtspunkte durch processualische Scheidung derselben gesichert werden kann.

Ein anderes Beispiel möge dies unterstützen. Bekanntlich ist ein Miteigenthum ohne Societät und eine Societät ohne Miteigenthum möglich, oder in der Sprache der Klagen ausgedrückt: es gibt außer der act. pro socio noch eine act. communi dividundo. Wenn nun beide Rechtsverhältnisse in denselben Personen zusammentreffen, begründet durch einen und denselben Akt der Eingehung der Societät, so könnte man glauben, daß eine Klage dafür ausreiche. Allein angenommen, man hätte sich dafür entschieden, so wäre man, wenn der eine von beiden Miteigenthümern seinen Antheil veräußert hätte, sofort wieder in die Nothwendigkeit versetzt worden, zwei Klagen zuzulassen, denn der Anspruch auf Theilung (die act. comm. div.) geht activ und passiv auf den Singularsuccessor über, während Recht und Verbindlichkeit aus dem Societätsvertrag (die act. pro socio) bei dem Gesellschafter verbleibt. Jeder dieser beiden Ansprüche geht seinen eigenen Weg und hat seine eigene Natur; der eine hat activ und passiv zu seinen Trägern specifisch bestimmte, der andere abstract bestimmte Subjecte (die jedesmaligen Eigenthümer). Jene Gemeinsamkeit der Entstehung beschränkt sich aber auch hier wiederum bloß auf den äußern Akt, in dem zufälligerweise zwei völlig selb-

Digitized by Google

ständige und verschiedenartige Obligationsgründe zur Existenz gelangen: der Societätsvertrag und das Miteigenthum.[24a])

Dem so eben betrachteten Fall steht gegenüber die Einheit der Obligation bei scheinbarer Mehrheit der Obligationsgründe. Alle Delicte, die der Vormund, Mandatar in Sachen der Geschäftsführung sich hat zu Schulden kommen lassen, werden mit einer Klage verfolgt, während doch sonst der Grundsatz gilt: so viel Delicte, so viel Klagen. Worauf beruht die Abweichung von unserm Grundsatz? Sie ist gar keine, denn das Mandats- oder Vormundschaftsverhältniß begründet die Verpflichtung, alles, was ihm widerspricht, zu unterlassen. Die einzelnen Ansprüche, die aus diesem Verhältniß sich ergeben, bilden mithin nicht besondere Forderungen, sondern nur einzelne Posten[25]) der act. mandati, tutelae, welche die Klagformel mit der Collectivbezeichnung: quidquid ob eam rem dare facere oportet, auch formell zur Einheit zusammenfaßte, und die der Richter sämmtlich von dem einen Standpunkt des Mandats- und Vormundschaftsverhältnisses aus zu würdigen hatte.

Diesen Fällen schließen sich einige andere von ähnlicher Bewandtniß an, so z. B. die Klage des Banquiers auf Auszahlung seines Saldos[26]) d. h. des schließlichen Guthabens aus seiner, eine Reihe der verschiedenartigsten Einnahme- und Ausgabeposten

---

24a) Besteht dagegen lediglich ein Miteigenthumsverhältniß ohne Societät, so erstreckt sich die aus demselben entspringende Klage (act. communi dividundo) auf sämmtliche mit demselben verbundene Ansprüche: die adjudicatio wie die personales praestationes; Ansprüche dagegen, die nur zufällig durch die Gemeinschaft veranlaßt sind, die sich nämlich auf Auslagen stützen, welche der Kläger für seinen Theil allein hätte machen können, aber auch für den Miteigenthümer gemacht hat, müssen mit der act. neg. gest. geltend gemacht werden. A. Brinckmann, Verhältniß der act. com. div. und der act. neg. gest. Kiel 1855. S. 63 ff.

25) L. 10 §. 1 de appell. (49. 1) .. cum una actione ageretur, quae plures species in se habeat, pluribus summis sit condemnatus. L. 1 §. 1 quae sent. (49. 8) .. ex illa specie 30 .. ex illa 25.

26) Gaj. IV, 64, 68.

Digitized by Google

umfassenden Abrechnung.[27]) Wie beim Mandatsverhältniß, so lassen sich auch hier die sämmtlichen einzelnen Rechtsgeschäfte unter den einen Gesichtspunkt der fremden Vermögensverwaltung bringen.[28]) Befremden erregen kann im ersten Moment die Bestimmung des römischen Rechts, daß der Prälegatar das ihm hinterlassene Legat mit der act. fam. ercisc. einklagen soll,[29]) indem diese Klage ja nur die Erbtheile zum Gegenstande hat, für Legate aber eine besondere Klage besteht. Allein das Prälegat enthält nach Auffassung der Römer nur eine Verfügung über die Realtheilung der Erbmasse und fällt mithin unter die Erbtheilungsklage. Auf der Grenze zwischen Kriminal- und Civilproceß liegt der Repetundenproceß, der, ähnlich wie die Klage aus der Tutel, die gesammte Verwaltung des Beamten und alle daraus für seine früheren Amtseingesessenen sich ergebenden Ansprüche zum Gegenstande hat.[30])

Die bisherige Ausführung hat den Gesichtspunkt, den wir oben für die Obligation aufgestellt haben, gegen scheinbare Abweichungen aufrecht erhalten, und wir dürfen jetzt nach dieser Abschweifung unsern Weg weiter fortsetzen.

Alles, was oben von der Obligation gesagt ist, gilt auch für die Erbschaft. Wie jene, ist auch die Erbschaft eine leere, elastische

---

27) L. 6 §. 3 de edendo (2. 13) . . . dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem.

28) Ob es nicht von der andern Seite eine ähnliche Klage gab, darüber schweigen unsere Quellen. Jedenfalls konnte der Committent von dem Banquier Abrechnung verlangen (L. 4 pr. de edendo 2. 13), welche sich natürlich über sämmtliche Posten von beiden Seiten erstreckte (L. 6 §. 3 ibid.). In der Anerkennung des daraus für ihn sich ergebenden Ueberschusses ließ sich ein constitutum finden (L. 26 de const. pec. 13. 5), womit vielleicht die L. 2 §. 2 Cod. de const. pec. (4. 18) erwähnte besondere Usance bei Argentarien zusammenhängt.

29) Gaj. II §. 219, L. 17 §. 2 de leg. I (30).

30) Quintilian I. O. III, 10 §. 1 bezeichnet ihn als causa conjuncta im Gegensatz zur simplex, weil er „plures controversiae ejusdem generis" in sich schließe.

Digitized by Google

Form, welche beliebig viel und wenig in sich aufnehmen kann; die Klage verhält sich auch bei ihr gegen die Mehrheit der Gegenstände vollkommen indifferent.[31]) Das Individualitäts- und Identitätsmoment, welches bei dem Eigenthum in der Sache, bei der Obligation in dem Entstehungsgrunde liegt, beruht hier auf der Delation: so viel Delationen, so viel Klagen;[32]) denn die Delation begründet, auch wenn Erbschaft, Prätendent und Beklagter dieselben sind, eine neue Frage, indem daraus, daß der Kläger nicht im Testament oder in keinem gültigen Testament eingesetzt ist, noch nichts für sein Intestaterbrecht folgt, ihm aber anderseits nicht zugemuthet werden kann, unbestimmt ohne Detaillirung der causa schlechthin sein „Erbrecht" zur Verhandlung zu stellen; denn die Verschiedenheit des Delationsgrundes ist beim Erbrecht nicht etwa, wie beim Eigenthum, eine bloße Verschiedenheit des Grundes des Rechts, sondern des Rechts selbst, sie gibt ihm möglicherweise z. B. wegen der im Testament angeordneten Vermächtnisse oder der abweichend von der Intestaterbfolgeordnung bestimmten Erbtheile einen völlig verschiedenen Inhalt; der Delationsgrund individualisirt das Erbrecht.

---

31) Nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci. L. 7 §. 5 de exc. rei jud. (44. 2). Die Klage erstreckt sich daher auch auf die Früchte, ohne daß es hier der Erwähnung derselben bedurfte, L. 13 §. 7, L. 20 §. 3, 16 de her. pet. (5. 3), denn fructus hereditatem augent L. 40 §. 1 ibid. hereditas et augmentum recipit et deminutionem L. 20 §. 3 ibid. L. 178 §. 1 de V. S. (50. 16) — ein Satz, der im Formularprocesse für den Kläger dieselbe Bedeutung hatte, wie der in §. 52 zu betrachtende, daß das Pekulium durch die Gegenforderungen des Herrn ipso jure vermindert werde, für den Beklagten.

32) L. 8 de her. pet. (5. 3). Eine weitere Ausführung ist hier eben so wenig am Orte, wie die Verfolgung des Zusammenhanges, in dem unser Thema mit der Lehre von der exc. rei jud. steht. Zum Beweise der Behauptung im Text diene statt aller andern Gründe die in jure cessio der hereditas legitima, bei der offenbar in der Cessions- (und folglich auch in der Vindications-) Formel die hereditas als „legitima" bezeichnet, also der

Digitized by Google

Es kann nicht in unserer Absicht liegen, den Gesichtspunkt, den wir bisher an einigen der wichtigsten Verhältnisse des Rechts: dem Eigenthum, Erbrecht und der Obligation erprobt haben, durch das ganze Recht und bis ins kleinste Detail durchzuführen.[33] Dagegen wollen wir dies noch thun bei einigen der Beispiele, mit denen wir oben unsere Darstellung eingeleitet haben.

Als Preisstück der processualischen Zersetzung haben wir dort (S. 27) die act. aquae pluviae arcendae nebst den sie begleitenden Klagen genannt. Die Analytik des Verhältnisses, aus dem sie hervorgehen, führt zu folgenden Erwägungen. Wenn das Werk, durch das Jemand den Lauf des Regenwassers geändert hat, für den Nachbar bloß mit einer einmaligen Beschädigung verbunden gewesen ist, ohne eine Wiederholung derselben in Aussicht zu stellen, so wäre das Verlangen einer Beseitigung des Werks ein völlig ungerechtfertigtes, der Anspruch des Verletzten wird sich hier mithin auf Schadensersatzleistung mittelst der geeigneten Klagen (Note 10 a. E.) beschränken müssen, ein Anspruch, der activ und passiv an die ursprünglichen Personen gebunden ist, auf die Käufer der beiderseitigen Grundstücke aber, welche den Schaden weder erlitten, noch zugefügt haben, nicht übergeht. Ganz anders, wenn jenes Werk den Nachbar dauernd in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt.[34] Diese Rechtsverletzung läßt sich nicht durch einmaligen Schadensersatz, sondern nur durch Wegnahme des Werks beseitigen, und der Anspruch kann nicht, wie der obige, activ und passiv auf die ursprünglichen Personen beschränkt, muß vielmehr auch auf deren Singularsuccessoren erstreckt werden, denn jenes hieße das Interesse des Grundstücks

---

Delegationsgrund angegeben gewesen sein muß, denn man hätte sonst diesen Cessionsfall von dem der hered. testam. nicht unterscheiden können, was doch wegen der sehr verschiedenen Folgen beider Fälle wichtig war.

33) Ich will jedoch nicht unterlassen, dies Thema der allgemeinen Aufmerksamkeit zu empfehlen; eine eingehende Bearbeitung desselben, namentlich in Verbindung mit der Lehre von der Identität der Streitsachen bei der exc. rei judicatae, dürfte eine höchst lohnende Ausbeute gewähren.

34) Si aqua pluvia nocet i. e. nocere poterit III Note 631.

Digitized by Google

dem Zufall Preis geben — ein Wechsel des Eigenthümers, z. B. durch Verkauf auf der einen, durch Legat auf der andern Seite, und das Grundstück wäre für ewige Zeiten hülflos! Wenn man aber den Anspruch einmal in dieser Richtung anerkannt hat, so kann man ihn mit dem so eben betrachteten nicht in eine Klage bringen, denn das hieße sie beide zwingen, stets denselben Weg zu wandeln, während doch ihre Wege auseinander gehen. Eben so wenig konnte man den Anspruch in die Form der act. negatoria oder confessoria weisen und dadurch die ganze act. aq. pl. arc. entbehrlich machen. Erstere paßte nicht, weil der Beklagte keinen Eingriff in des Klägers Eigenthum vorgenommen hatte, letztere nicht, weil es sich hierbei nicht um eine Servitut, sondern um eine gesetzliche Vorschrift handelte, und es, um den Beklagten zu einem Thun anzuhalten, einer act. in personam bedurfte.

Die Nothwendigkeit einer eigenen act. aq. pl. arc. wegen neuer, während der Dauer des Processes errichteter Werke erklärt sich von selbst, denn daraus, daß das Werk, worüber in diesem Proceß gestritten wird, unstatthaft ist, folgt nichts für das neue, und wenn man diese völlig neue Frage in den schwebenden Proceß hätte werfen wollen, so hätte man dasselbe eben so gut mit einem neuen Kaufcontract oder Diebstahl in Bezug auf eine anhängige act. emti oder furti thun können. Was endlich die vierte dort genannte Klage betrifft, so hört die Macht des Richters mit dem Urtheil auf, für alles, was später geschieht, bedarf es also einer neuen Klage.

Die Nothwendigkeit einer Trennung der act. negatoria und confessoria von der Schadensersatzklage (Note 10) ergibt sich aus dem Bisherigen zur Genüge: die eine geht gegen den jedesmaligen Besitzer, die andere gegen den Thäter.

Die Trennung der act. ad exhibendum von der reivindicatio hat, soweit ich sehe, mehr einen doctrinären, als praktischen Grund gehabt. Beide Klagen gehen gegen den Inhaber als solchen und haben dasselbe Fundament, ich wüßte daher keinen andern

Digitized by Google

Grund ihrer Scheidung anzugeben, als das für die letztere Klage geltende Requisit der äußern selbständigen Existenz der Sache, welches durch das vorschriftsmäßige Bringen und Ergreifen der Sache vor Gericht zur processualischen Nothwendigkeit gestempelt war, und welches durch die reivind. selbst nicht beschafft werden konnte, indem sie den Beklagten nicht zu einem Thun verpflichtete, ohne dessen Erlaubniß aber anderseits der Kläger selber die Trennung nicht vornehmen durfte.

3. Die Vertheidigung.

Aelteres und neueres System derselben. — Vertheidigung in Form der Negation (Formulirung der Klage in jus und in factum). — Spielraum derselben im Vergleich zur Exception. — Möglichkeit der Geltendmachung eines Gegenanspruches in processualisch unsichtbarer Form (Rechtssätze mit Exceptionszweck) und in processualisch sichtbarer Form (Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts — Substituirung einer andern Klagformel im Interesse des Beklagten — Doppelklage) — Vertheidigung in Form der Klage — die processualische Strafklage und die leges minus quam perfectae — Gesammturtheil über den analytischen Mechanismus des alten Processes.

Nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Gaj. IV, 108.

LII. Sollte der Grundsatz: ein Proceß, eine Frage, seinen Zweck erreichen, so mußte er, wie oben (S. 22) bemerkt, für beide Theile gelten. Was half es, der in der Häufung der Fragen liegenden Gefahr des Aufschwellens des Processes und der daraus sich ergebenden Verwirrung und Verschleppung desselben von der einen Seite vorbeugen, wenn sie von der andern Seite und gerade von der, von welcher diese Gefahr am ersten zu besorgen war, freien Zutritt hatte? Den Kläger hält schon sein eigenes Interesse ab, diese Gefahr heraufzubeschwören, oder sollte ihn wenigstens abhalten, das Interesse des Beklagten aber ist das gerade entgegengesetzte, jede Frage, die er in den Proceß hineinspielt, ist ein Hinderniß, das dem Kläger die Erreichung des

Digitized by Google

Ziels erschwert und verzögert, ein Stein, den er ihm in den Weg legt.

Aber anderseits wie kann man ihn in der Wahl und Zahl seiner Vertheidigungsmittel beschränken? Die Lage der beiden Parteien ist ja eine völlig ungleiche. Der Kläger hat die Initiative, er kann den Zeitpunkt bestimmen, wann er klagen will, seinen Angriff lange vorbereiten, seine Beweise vorher sammeln und, abgewiesen mit dieser Klage, zu einer neuen greifen. Von alle dem gilt gerade das Gegentheil für den Beklagten. Ihn der Beschränkung unterwerfen, die bei dem Kläger vollkommen gerechtfertigt ist — heißt das nicht, in geradem Gegensatz zu dem, was die natürliche Gestalt des Verhältnisses mit sich bringt, der Klage ein Uebergewicht über die Vertheidigung geben?

So scheint es, allein dies ist nur Schein. Es handelt sich nämlich nicht um eine materielle Beschränkung des Beklagten in dem Gebrauch seiner Vertheidigungsmittel, sondern lediglich um die richtige Vorzeichnung der Form dieses Gebrauchs. Diese kann nämlich eine doppelte sein. Die natürliche, nächstliegende Form besteht in der Benutzung der Vertheidigungsmittel der Klage gegenüber; hier wird die Klage durch die Vertheidigung, selbst wenn letztere noch so frivol ist, in ihrem Lauf aufgehalten, bis über beide entschieden werden kann. Die zweite, künstlichere Form ist die der Widerklage oder Nachklage; hier erfolgt die Untersuchung der Vertheidigungsgründe in einem eigenen vom Beklagten in dem einen Fall gleichzeitig, in dem andern nachher zu erhebenden Proceß, der Lauf der Klage wird also dadurch nicht unterbrochen, die Vertheidigung nimmt die Gestalt einer Klage auf Wiedererlangung dessen an, was der Beklagte dem Kläger auf Grund der Condemnation im ersten Proceß hat entrichten müssen. Das neuere römische Recht gibt dem Beklagten für die meisten Vertheidigungsgründe die Wahl, ob er sie in der einen oder andern Form geltend machen will,[35]) einige weist es

35) z. B. exceptio und actio quod metus causa, exc. rei venditae et traditae und act. emti wegen Eviction, exc. non numeratae pec. und die

Digitized by Google

ausschließlich in die erste,[36]) andere ausschließlich in die zweite Form.[37])

Letztere hat etwas höchst Befremdendes. Warum gewährt man dem Beklagten ein Mittel, das man ihm einmal zugedacht hat, nicht zur rechten Zeit, warum versetzt man ihn erst in die Lage zahlen zu müssen, damit er sodann das Gezahlte hinterher zurückfordere? Würden die Beklagten sich immer nur wirklich begründeter Einwendungen bedienen, so hätte ein solches Verfahren allerdings keinen Sinn, allein es findet seine volle Rechtfertigung in der unbegrenzten Möglichkeit des Gegentheils davon.[37a]) Diese Möglichkeit nämlich setzt den Beklagten in Stand, den Proceß, der bei der Klarheit und Zweifellosigkeit des klägerischen Rechts sonst sofort beendet sein würde, durch erdichtete Einwendungen in die Länge zu ziehen und sich während der Zeit auf Kosten des Klägers im Genuß des Rechts zu behaupten, ein Nachtheil, für den seine endliche Verurtheilung in den gesammten Schadensersatz dem andern Theile in der Regel nur einen unausreichenden Ersatz gewährt. Wie diesem Uebelstande abhelfen? Das ist die Bestimmung der obigen zweiten Form der Vertheidigung.[38]) Ohne dem

---

condictio des Schuldscheins, Retentionseinrede und act. contraria, except. doli wegen mangelnder causa und die Condictionen, Compensation und klagweise Geltendmachung der Forderung.

36) z. B. Einrede der Verjährung, Retentionseinrede wegen der Impensen bei der Reivind.

37) z. B. die Berufung auf das Eigenthum gegenüber einer possessorischen Klage, die Geltendmachung von Gegenansprüchen gegenüber der act. depositi.

37a) Seneca de benef. VII. 16: Satius erat a paucis etiam justam excusationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari.

38) L. 2 Cod. de usur. leg. (6. 47) Adversus eos, qui sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, notissimum est juris auxilium. Si igitur proposita stipulatione cavere cum satis datione potestis, „vos restituturos quanto amplius quam per eam legem licet acceperitis", judex solida vobis legata praestari jubebit. Cicero in Verrem II, lib. 3 §. 27: utrum aequius, decumanum petere an aratorem repetere. L. 1 §. 2 Quod legat. (43. 3). Ueber einen sekundären Nutzen dieser Rechtsform,

Digitized by Google

Beklagten das abſolut nothwendige Maß der Vertheidigung zu verkümmern, ſchneidet ſie ihm alle Einreden ab, welche die angedeutete Gefahr herbeiführen können. Raſch gelangt hier der Kläger in den Genuß ſeines Rechts, und der Aufſchub, den die Verwendung des ſeinem Gegner zuſtehenden Vertheidigungsmaterials verurſacht, gereicht auf dieſe Weiſe nicht *ihm*, ſondern dieſem zum Nachtheil.

Es beruht demnach jene Einrichtung auf einer Ausgleichung der Verſchiedenheit der Parteirollen, der Theilung der Vortheile des mit dem Beklagtenverhältniß verbundenen Beſitzes zwiſchen beide ſtreitführende Theile. Eben in der möglichſt raſchen Gewinnung dieſer Vortheile liegt für den jedesmaligen Kläger der wirkſamſte Sporn zur Beſchleunigung des Proceſſes, und ſo paradox es klingt, man darf mit Sicherheit behaupten, daß eine ſolche Zerlegung *eines* Proceſſes in *zwei* den Streit vereinfacht und abkürzt, anſtatt ihn zu verlängern und zu vervielfachen; denn vor der Benutzung völlig nichtiger Einwendungen in Form der Nachklage bebt Mancher zurück, der es in Form der Einrede ſchon damit verſucht haben würde.

Es liegt auf der Hand, daß die Anwendung dieſes Mittels, wenn die berechtigte Rückſicht auf den Kläger nicht in ein Unrecht gegen den Beklagten ausarten ſoll, an ganz beſtimmte Vorausſetzungen geknüpft werden muß. In dieſer Hinſicht das Richtige zu treffen, nach beiden Seiten das Extrem zu vermeiden und die feine Mittellinie aufzuſuchen, die beiden Parteien Genüge leiſtet, das iſt die Aufgabe. Das Problem läßt ſich bezeichnen als die Verwirklichung der Idee der *proceſſualiſchen Gerechtigkeit*. Es iſt nicht dieſes Orts, dieſes ſchwierige legislative Problem, für das weder die Jurisprudenz noch die Geſetzgebung überall das richtige Verſtändniß bethätigt hat, eingehender zu behandeln, allein zur richtigen Beurtheilung des älteren römiſchen

nämlich den Einfluß, den ſie auf die Verringerung des Streitmaterials äußert, ſ. das Ende dieſes §.

Digitized by Google

Processes ist wenigstens ein Bewußtsein davon, daß es existirt, und eine gewisse Anschauung von der Art, wie es sich verwirklichen läßt, erforderlich; ein weiteres ist mit den folgenden Bemerkungen nicht beabsichtigt.

Bei einer Klage aus einem zweiseitigen Geschäft, welches für beide Theile Rechte und Verbindlichkeiten begründet, kann der Umstand, daß der Kläger seinen Anspruch sofort klar stellt, unmöglich die Wirkung nach sich ziehen, daß der Beklagte mit seinen Gegenansprüchen aus demselben Geschäft, soweit er sie nicht ebenfalls sofort zu erweisen im Stande ist, in die Form der Widerklage („ad separatum", wie wir heutzutage zu sagen pflegen) verwiesen werde. Denn Anspruch und Gegenanspruch stehen hier im engsten Zusammenhange, im Verhältniß gegenseitiger Abhängigkeit, und der Aufenthalt, den der Beklagte veranlaßt, gleicht nur den Vorsprung aus, den der Kläger dadurch vor ihm voraus hat, daß er vor dem Proceß thun konnte, was der Beklagte erst während desselben thun muß. So hat es denn auch das römische Recht von jeher, seitdem die zweiseitigen Geschäfte als solche klagbar wurden, gehalten. Eine ganz andere Behandlungsweise aber trat in dem Fall ein, wenn die Parteien ihr Geschäft in die Form von zwei einseitigen Verträgen (Stipulationen) kleideten, wie sie vor dem angegebenen Zeitpunkt es mußten, nachher aber es noch stets konnten und sehr häufig thaten. Hier stand jeder Anspruch für sich, und es entsprach nur dem Willen beider Parteien, daß der eine in seiner gerichtlichen Geltendmachung durch den andern nicht gehemmt werden sollte; hätten sie das Gegentheil gewollt, so hätten sie dies auf dem Wege der bedingten Fassung beider Stipulationen erreichen können. (Spondesne centum dare, si Titium dederim? — Spondesne Titium dare, si centum dederim?) Das neuere römische Recht hat auch hier aus Gründen, auf die ich erst am Ende des Paragraphen eingehen kann, die Form der exceptionsweisen Geltendmachung der Gegenforderung zugelassen, so daß also — und dies verdient sicherlich keine Billigung — das Recht den Parteien

Digitized by Google

die Möglichkeit, ihrem Verhältniß die angegebene streng einseitige Form zu geben, geradezu abschneidet.

Was im Bisherigen von ursprünglich zweiseitigen Geschäften gesagt ist, gilt natürlich in um so höherem Maße von ursprünglich einseitigen, und ich kann es auch hier wiederum nicht für eine glückliche Aenderung halten, wenn das neuere Recht alle Gründe, mit denen der Beklagte im Wege der Klage ihre Wirksamkeit beseitigen kann, nicht minder in Form der Einrede zuläßt und das ganz allgemeine Princip aufstellt: wer eine Klage hat, dem ist auch eine Einrede zu gewähren.[39]) Die bedenklichste Anwendung, die das neuere Recht von diesem Satz macht, ist die unbeschränkte Zulassung der Compensationseinrede, und ich glaube nicht zu schroff zu urtheilen, wenn ich diesen scheinbaren Triumph der Billigkeit über das strenge Recht[40]) geradezu als einen schweren Verstoß gegen die Idee der processualischen Gerechtigkeit bezeichne und darin nur eine Erscheinung wiederfinde, die ich im dritten System mit manchen Belegen hoffe begründen zu können,[40a]) nämlich die Entartung und Verweichlichung des gesunden, energischen Rechtsgefühls der alten Zeit. Nur bei einer Materie hat auch das neuere Recht sich von diesem Fehler gänzlich frei gehalten, nämlich beim Besitz. Wo es sich um Klagen handelt, die den Besitz zur Grundlage haben, ist jede Einrede, welche sich auf das Recht bezieht, ausgeschlossen,[41]) und diesem Gedanken hat das neuere Recht im Erbrecht sogar eine erweiterte Anwendung gegeben.[42])

Unser heutiges Recht hat den Fehler des späteren römischen

39) L. 156 §. 1 de R. J. (50. 17) cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. Der Satz erleidet jedoch manche Beschränkungen im Einzelnen, s. z. B. Note 37.

40) „Aequitas compensationis" L. 18 pr. de comp. (16. 2).

40a) Ich habe dies Versprechen inzwischen erfüllt in meinem Kampf ums Recht Aufl. 8 S. 82, 83.

41) Eine scheinbare Ausnahme in Note 54.

42) Bonorum possessio, remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo, interdictum quod legatorum.

Digitized by Google

zum großen Theil wieder gut gemacht, theils nämlich dadurch, daß es dem Verkehr durch die an gewisse Urkunden (Wechsel und instrumenta guarentigiata) geknüpfte privilegirte Proceßart sowohl bei zweiseitigen als einseitigen Geschäften innerhalb gewisser Grenzen die Erlangung der obigen Vortheile in Aussicht stellt, theils dadurch, daß es dem Gedanken des Besitzes die ausgedehnteste Verwendung gegeben hat (Quasibesitz). So scheinbar verschieden diese beiden Verhältnisse sind, so ist es doch dasselbe legislative Motiv, das ihre Gestalt bestimmt; bei beiden ist es nämlich der obige Zweck, die Vortheile der Beklagtenrolle in angemessener Weise zwischen beiden Parteien zu vertheilen, das Uebergewicht der Vertheidigung über die Klage auszugleichen.

Die bisherige Ausführung hat uns gezeigt, daß die unbegrenzte Zulassung des Vertheidigungsmaterials in Form der Defensive, weit entfernt durch die Idee der Gerechtigkeit geboten zu sein, umgekehrt mit den Anforderungen der wahren, echten Gerechtigkeit, welche sich nicht allein nach dem bemißt, was sie gibt, sondern auch nach dem, wann sie es gibt,[42a]) unter Umständen in schneidenden Widerspruch treten kann. Dieses Unrecht zu erkennen und zu beseitigen — darein setze ich die Idee und Bestimmung der processualischen Gerechtigkeit.[42b]) Ob

---

42a) Gaj. III, 113 non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus. L. 10 §. 12 Quae in fr. cred. (42. 8) praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri.

42b) Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Processe, Leipz. 1859 S. 3, 4 dürfte dieselbe nicht gebührend beachtet haben, sonst würde er in der obigen Einrichtung keine „ganz enorme Beschränkung des ordentlichen Vertheidigungsrechts" erblickt haben. Der Umstand, daß der Beklagte den liquiden Beweismitteln des Klägers keine eben so beschaffenen gegenüber zu setzen vermag, ist kein „zufälliger", sondern ein verschuldeter, dessen Folgen auf ihn selber, nicht auf den Kläger zurückfallen müssen. Der im Text aufgestellte Gesichtspunkt wird freilich ganz allgemein von unserer Jurisprudenz vernachlässigt, während die Römer für denselben ein ungleich höher entwickeltes Verständniß gehabt haben. Auf ihm beruht z. B. die Erleichterung des Beweises bei den Schadensersatzklagen durch Gewährung des Anspruches auf

Digitized by Google

das Gefühl von ihr es war, was die ältere Jurisprudenz bei der Gestaltung des Processes leitete, oder die Rücksicht auf die durch Häufung der Fragen bedrohte Einfachheit und Uebersichtlichkeit des Processes, ob also ein ethisches Motiv oder ein Gesichtspunkt der legislativen Politik, darüber wäre es müßig zu rechten; genug, der ältere Proceß gewährt beiden Gedanken ihr volles Recht.

Es liegt die Frage nahe, nach welchen Rücksichten die Vertheilung des Vertheidigungsmaterials unter die beiden Formen erfolgt sein mag, warum der eine Einwand in die einer Negation oder exceptio, der andere in die einer Gegenklage gebracht worden ist. Um diese Frage zu beantworten, müßte die Geschichte uns tiefere Einblicke in die innere Entwickelung des römischen Rechts, vor allem des Condictionensystems verstattet haben, als sie es in Wirklichkeit gethan hat. Manches ist dabei unzweifelhaft rein historisch. So z. B. glaube ich, daß der Begriff einer Aufhebung der Rechte „ipso jure" und die Zahl der einzelnen Fälle im Laufe der Zeit in ähnlicher Weise etwas Feststehendes und historisch Abgeschlossenes geworden ist, wie der Begriff und die Zahl der contractus und delicta. Gründe, denen erst das spätere Recht eine aufhebende Wirkung zugestand, wurden daher schon darum in die Form der Klage gewiesen, weil ihnen die Negation (s. u.) verschlossen war, die der exceptio aber, selbst wenn sie damals bereits existirte, wenigstens solange noch die ursprünglichen Anschauungen nicht ganz abhanden gekommen waren, ungleich mehr

---

das duplum, durch Verstattung des juramentum in litem, die Strafe des Leugnens und manches andere, — lauter Rechtssätze, welche bestimmt sind, den durch Schuld des Beklagten bewirkten Beweisnothstand des Klägers der Idee der Gerechtigkeit gemäß auf Kosten des Beklagten wiederum auszugleichen, und die man sehr Unrecht gethan, mehr oder weniger fallen zu lassen. Wann erscheint einmal ein Werk über die „Idee der Gerechtigkeit in ihrer Anwendung auf die Gestaltung der Beweistheorie"? Ein wahrhaft abschreckendes Beispiel der gänzlichen Mißachtung derselben bildet die Art, wie man in der früheren gemeinrechtlichen Praxis die Schadensersatzansprüche beurtheilte, der stringente Beweis des erlittenen Schadens enthält das schnödeste Unrecht gegen den Verletzten.

Digitized by Google

gegen sich hatte, als die der Klage. Erst durch die Form der Klage hindurch arbeiteten sie sich zu der Exception hinauf — ein Punkt, auf den ich am Schluß des Paragraphen zurückkommen werde.

Die folgende Darstellung beschränkt sich nicht auf die älteste Form des römischen Processes. Es ist nicht bloß die Dürftigkeit unserer Kenntniß über den Legisactionenproceß, die uns zwingt, unsern Blick auf den Formular-Proceß zu erweitern, sondern es ist die Gleichheit des hier zur Betrachtung stehenden, sie beide gleichmäßig beherrschenden Grundgedankens. Beide sind gebaut auf den Grundsatz der Einen Frage, aber während der eine, soviel wir wissen, denselben nie verleugnet hat, und auch der andere in der ersten Periode seines Bestehens an diesem überlieferten Fundament sicherlich nicht gerüttelt hat, weist er in einer spätern Phase seiner Entwickelung zwei Bildungen auf, die eine entschiedene Abweichung von jenem Grundsatz enthalten. Beide sind prätorischen Ursprungs, die eine eine eigenthümliche Form der Klage: die actio in factum, die andere die exceptio. Bei der ersten war die Abweichung keine nothwendige und durchgehende, sie konnte unter Umständen auf einen Fragepunkt gestellt werden, aber regelmäßig enthielt sie zwei; bei der andern dagegen war diese Abweichung durch ihre Form selbst mit Nothwendigkeit gegeben, sie fügte zu der im Interesse des Klägers gestellten Frage stets eine zweite im Interesse des Beklagten hinzu.

Nach dem Zweck unserer Aufgabe, welcher auf die Schilderung des ursprünglichen Grundbaues des römischen Processes gerichtet ist, scheiden wir daher diese beiden Bildungen von dem Kreis unserer Betrachtung aus, soweit sie nicht etwa dazu dienen können, durch ihren Gegensatz das Verständniß zu fördern.

Wir verfolgen jetzt die Vertheidigung in den beiden oben angegebenen Richtungen und zwar zuerst in der defensiven Richtung. Hier nimmt sie den Charakter einer Negation der Klage an.

Digitized by Google

1. Vertheidigung in Form der Negation.

Dieſelbe Alternative rückſichtlich der Beantwortung der durch die Klage geſtellten Frage, welche dem Richter im alten Proceß geſtellt iſt, daß er nämlich entweder ſchlechthin bejahen oder ſchlechthin verneinen muß, gilt auch für den Beklagten. Auch ihm iſt nur die Wahl gelaſſen zwiſchen einem kategoriſchen Ja oder Nein, ohne das ausweichende „Aber" der exceptio. Iſt mithin die Behauptung des Klägers ſo gefaßt, daß der Beklagte ſie nur bedingt oder theilweiſe einräumen kann, ſo bleibt ihm, wenn er ſeinem Recht nichts vergeben will, nichts übrig, als ſie ſchlechthin in Abrede zu ſtellen, und ebenſo dem Richter, wenn er ſich nicht überzeugt, daß ſie ihrem ganzen Umfang nach begründet iſt, nichts übrig, als den Kläger ſchlechthin abzuweiſen. Die kleinſte Abweichung von der Wahrheit zu eigenen Gunſten begründet mithin für den Kläger den Verluſt des ganzen Proceſſes; die Strafe der plus petitio war eine nothwendige Conſequenz der obigen Alternative oder, was dasſelbe, der intentio certa. Wo der Anſpruch des Klägers ſich in ſeiner ſchließlichen Geſtalt auf eine Geldſumme reducirte, und man ihm billigerweiſe nicht zumuthen konnte, dieſelbe mit Gefahr der plus petitio ſelber anzuſetzen, wußte man in verſchiedener Weiſe zu helfen, theils nämlich durch vorherige richterliche Feſtſtellung des Betrages in Form eines praejudicium, wovon unten ein Beiſpiel folgen wird, theils durch nachherige Schätzung (arbitrium litis aestimandae), theils auf andere Weiſe.[43])

43) So nämlich bei den Delictsklagen, z. B. bei der act. leg. Aquiliae, indem man dem Kläger für den Anſatz der Geldſumme („tantum aes dare domino damnas esto", Worte der lex Aquilia L. 2 pr. ad leg. Aq. 9. 2), wo ſie erforderlich war (L. 25 §. 2 ibid.), einen ſo weiten Spielraum gewährte (Werth des letzten Jahres bez. Monats), daß er es ſich ſelbſt zuzuſchreiben hatte, wenn er eine plus petitio beging. Die act. furti lautete bloß auf „pro fure damnum decidere oportere" Gaj. IV. 37, 45, womit die bei jedem „dare oportere" erforderliche Angabe einer beſtimmten Sache oder Summe umgangen, indem der Betrag ins Ungewiſſe geſtellt war, d. h. im Sinne des ſpäteren Proceſſes die intentio war eine incerta.

Digitized by Google

Der Umfang der Negation bestimmte sich nach dem der Behauptung; je nachdem letztere enger oder weiter gefaßt, war damit auch jener ein engerer oder weiterer Spielraum angewiesen. Es ergab sich daraus die Nothwendigkeit, die Klage so weit zu fassen, daß dem Beklagten der nöthige Raum zu seiner Vertheidigung offen blieb. Hätte man also z. B. die Klagformel so formulirt, daß „Kläger dem Beklagten 100 geliehen habe", so hätte der Beklagte mit dem Einwande, daß „er sie zurückgezahlt", in demselben Proceß gar nicht gehört werden können, weil darin eine neue positive Behauptung gelegen hätte. Man mußte folglich die Klagformel so einrichten, daß sie beide Behauptungen in sich aufnehmen konnte, und dies geschah dadurch, daß man sie auf das „Schuldigsein" stellte. Diese Fassung ließ von Seiten des Klägers als Affirmative des Schuldigseins die Behauptung zu, daß er die 100 gegeben, von Seiten des Beklagten als Negative des Schuldigseins die, daß er sie zurückgezahlt habe. Alle Klagformeln mußten mithin, wenn sonst der Grundsatz der Negation durchführbar sein sollte, auf die gegenwärtige Existenz des Rechtes lauten — und in der That ist dies die Form aller altrömischen Klagen,[44]) — sie sind sämmtlich, wie die römischen Juristen es ausdrücken, „in jus conceptae".

---

44) Mithin im Infinitiv des Präsens. Die in rem actiones sind mit Andeutung der absoluten Natur des ihnen zu Grunde liegenden Rechts (III, 485) auf ein esse gestellt (rem, hereditatem meam esse, jus utendi, eundi mihi esse, tibi non esse), die actiones in personam mit derselben feinen Andeutung der ihnen zu Grunde liegenden Verpflichtung der Person auf oportere (dare, pro fure damnum decidere oportere). Hätte die Formel der act. furti auf: si paret Nn. furtum fecisse gelautet (Rudorff R. G. II, 353; Gaj. IV. 37, auf den er sich beruft, spricht von der Klage des Peregrinen), wäre sie also statt in jus, in factum concipirt gewesen, so hätte der Einwand des Beklagten, daß man sich verglichen habe, die Form eines besondern Zusatzes zur Klage d. h. einer exceptio annehmen müssen, bekanntlich hob aber das pactum die act. furti ipso jure auf, und dies war nur möglich, wenn letztere auf ein „oportere" gerichtet war, dieser Fassung gegenüber stellte sich jener Einwand als Negation, als Behauptung des „non oportere" dar.

Digitized by Google

Den Gegensatz zu ihnen bilden die vorhin erwähnten actiones in factum conceptae des prätorischen Rechts. Der Begriff „jus" war ein historisch abgeschlossener; als jus im concreten Sinn bezeichnete die correcte Sprache des Processes nur ein solches, welches dem jus im abstracten Sinn, dem jus civile, entsprach, der Prätor konnte sich mithin für die von ihm eingeführten Klagen nicht der Ausdrücke bedienen, in denen man sich gewöhnt hatte die Bezeichnung eines jus zu erblicken (Note 44), es erübrigte ihm nur eine Fassung, welche diese Bezeichnung umging, es war die der „actiones in factum". Die Formel lautete hier auf die Thatsache (factum), auf welche der Anspruch des Klägers sich gründete, und zwar, da diese Thatsache regelmäßig der Vergangenheit angehörte, im Gegensatz zu dem Infinitiv Präsentis des Civilrechts im Infinitiv Perfecti.[45]) Um hier nun dem Beklagten, welcher die angegebene Entstehung des klägerischen Anspruchs zwar einräumte, aber die spätere Aufhebung desselben behauptete, Raum zu dieser Behauptung zu geben, mußte natürlich der Formel ein darauf gerichteter Zusatz als zweites Glied einverleibt werden. Die actiones in factum waren daher in der Regel zweigliedrig, sie enthielten zwei Fragen: eine im Interesse des Klägers — das Klagfundament — eine im Interesse des

45) z. B. A. A. apud N. N. mensam deposuisse — convenisse inter A. A. et N. N., ut res pignoris nomine obligata esset —patronum in jus vocatum esse, Gaj. IV. 46, 47. Nur wo die Klage von einer gegenwärtigen Thatsache abhing, z. B. beim interd. uti possidetis vom gegenwärtigen Besitz, ward natürlich das Präsens gebraucht: possidetis. Eine beachtenswerthe Bemerkung über die Verschiedenheit der materiellen Auffassung des Anspruchs bei beiden Arten der Klagen (bei der einen: Richtung desselben auf Erfüllung einer Pflicht, bei der andern auf Schadensersatz wegen einer rechtswidrigen Handlung) s. bei Bruns in der Ztschr. für Rechtsgesch. I S. 59. — Der alten Form der Klage entsprechend wird auch die confessio in jure auf „jus" gelautet haben, und ein Purist mochte bezweifeln, ob der Ausdruck auch auf das „factum" bei der act. in factum passe; so möchte es sich erklären, daß die lex Rubria c. 22 neben dem (auf das vorhergehende „oportere, debere, esse" zu beziehende) „confessus erit" noch das (auf das „habere, fecisse" zu beziehende) dixeritve gebraucht.

Digitized by Google

Beklagten, gefaßt bald als negative Beschränkung des Klagfundaments, bald als exceptio.[46]) Einige Formeln waren bloß eingliedrig; hier steckte das nöthige Vertheidigungsmaterial schon im positiven Klagfundament.[47])

Wenn ich den so eben entwickelten Gegensatz in der Fassung der Klagen erst hier bei Gelegenheit der Vertheidigung behandelt habe, so geschah es, weil er erst hier für uns von Bedeutung wird. Seine Bedeutung ist übrigens keineswegs auf den hier in Frage stehenden Gesichtspunkt der Form der Vertheidigung beschränkt, und es möge mir erlaubt sein, darüber noch einige Worte hinzuzufügen.

Wer sich auf den Standpunkt des römischen Formalismus stellt und von ihm aus, wie man es ja muß, den Gegensatz beurtheilt, dem bietet er, so äußerlich er scheint, doch reichen Stoff zum Nachdenken. Daß sich in ihm der Gegensatz der verschiedenen Zeiten, denen er angehört, klar abspiegelt, wird keines ausführlichen Nachweises bedürfen. Die actio in jus concepta ist eins jener formalistischen Kunstproducte, die den fein entwickelten Formensinn der alten Jurisprudenz kennzeichnen; ihr gegenüber macht die act. in factum den Eindruck des Rohen, Formlosen. Nicht bloß darum, weil jene in einem Satz erreicht, wozu diese mehrere nöthig hat, sondern vor allem darum, weil jene, indem sie die Condemnation

---

46) Beispiel der ersten Form: . . rem deposuisse (positiver Theil des Klagfundaments) eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao redditam non esse (negativer Theil). Beispiel beider Formen bei der act. hypothecaria: convenisse . . . ut res pignoris nomine obligata esset (positiver Theil) eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisdatum esse neque per A. A. stetisse, quominus solveretur (negativer Theil) si non voluntate creditoris veniit (exceptio, L. 8 §. 9 quib. mod. pig. 20. 6).

47) z. B. . . patronum contra edictum . . . in jus vocatum esse Gaj. IV. 46, in dem contra edictum steckte der Stoff zur Vertheidigung (z. B. L. 11 de in jus 2. 4), ebenso bei den possessorischen Interdicten . . possidetis nec vi nec clam nec precario alter ab altero (L. 1 pr. uti poss. 43. 17).

Digitized by Google

an die Voraussetzung der Existenz eines Rechts knüpft, dieselbe innerlich motivirt, während letztere sie rein äußerlich an das Vorhandensein gewisser Thatsachen knüpft. Aus bloßen Thatsachen aber folgt nie die Nothwendigkeit der Verurtheilung — das Mittelglied: das Recht fehlt. Bei jener Fassung ist diese Nothwendigkeit eine innere, die sich von selbst versteht — denn wo ein Recht vorhanden ist, da muß es auch realisirt werden — bei dieser eine äußerliche, die sich der Form nach lediglich auf positive Anordnung stützt. Sodann faßt jene wiederum die (positiven und negativen) Bestandtheile des Thatbestandes zur Einheit des Begriffs zusammen, schließt ihn also innerlich ab, während diese dieselben als bloß äußerlich zusammengefügtes Aggregat neben einander stellt. Dieser Unterschied ist aber von der äußersten Wichtigkeit — an ihn knüpft sich ein Stück römischer Jurisprudenz. Wer ein „Recht" angeben soll, muß über dessen Natur mit sich im Reinen sein, wer bloße Thatsachen für sich anzuführen braucht, kann sich dem entziehen. In der formula in jus concepta lag also eine Nöthigung zur Klarheit über die systematische Natur der Rechte; ein Jurist, der aus irgend einer lex eine legis actio fabriciren wollte, mußte sich klar sein, ob die intentio auf esse oder oportere gestellt werden müsse, m. a. W., ob der Anspruch ein absoluter oder relativer sei. Hätte er statt dessen die Formel in factum concipiren können, so hätte er diese Frage ganz umgehen können, wie dies ja später bei der act. hypothecaria wirklich geschah, und vielleicht würde uns dann auch über ein Recht des alten Civilrechts derselbe Streit geblüht haben, wie heutzutage der über die Natur des Pfandrechts. Die harmlose Unentschiedenheit ihrer civilistischen Natur, deren sich so manche Rechte modernen Ursprungs bei der Formlosigkeit unserer Klagen — man kann sie nicht einmal mit den actiones in factum der Römer auf eine Linie stellen — Jahrhunderte lang erfreut haben und zum Theil noch erfreuen, wäre bei der römischen actio in jus concepta völlig unmöglich gewesen, die Reallasten z. B. würden mit dem ersten Schritt, den sie in den römischen Proceß hinein hätten thun wollen,

Digitized by Google

sich haben entscheiden müssen: ob actio in rem oder actio in personam. Die Sprache der actio in jus concepta ist die des Juristen, die der actio in factum kann jeder Laie reden, — wohl dem Rechte, das früh jene Sprache zu lernen gezwungen gewesen ist!

Und doch hätte anderseits dieser Zwang der processualischen Bezeichnung der Rechtsbegriffe bei der act. in jus concepta der Tod der Jurisprudenz werden können. Es hing nur von dem Maß ab, in dem das materielle Recht in der Klage zur Erscheinung kommen mußte, um den Zwang zur wissenschaftlichen Klarheit in ein Hemmniß jedes Fortschrittes, um die Bestimmtheit in Versteinerung zu verwandeln; denn alles, was einmal in der Formel der legis actio Platz gefunden hatte, war so gut wie unabänderlich geworden. Hätten die alten Juristen die Formel der legis actio in derselben breiten Weise concipirt, in der man wohl zu andern Zeiten Klagformulare und Geschäftsformulare abgefaßt hat, hätten sie also z. B. in die Formel der reivindicatio die Eigenthumserwerbungsarten aufgenommen, so wäre es um jede freie Bewegung im Innern der Institute geschehen gewesen — die Erstarrung an der Oberfläche würde sich auch auf die Tiefe ausgedehnt haben. Es bewährt sich darin wiederum so recht der Takt der alten Jurisprudenz, daß sie den Rechtsbegriff in der Klage zwar fixirte, aber daß sie es that, ohne ihn zu fesseln (III 652 flg.).

Untersuchen wir den Spielraum, den die actio in jus concepta der Vertheidigung vergönnte.

Von vornherein hat die Meinung viel für sich, daß derselbe ein sehr enger gewesen sei. Denn wenn der Beklagte lediglich auf Negation angewiesen ist, so ist ja die Berufung auf alle Gründe und Verhältnisse ausgeschlossen, welche nicht direct eine Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs involviren. Unter dieser Voraussetzung scheint z. B. der Eigenthümer gegen den Usufructuar mit Erfolg die Vindication anstellen zu können, denn die Berufung auf den Nießbrauch enthält keine Negation des Eigenthums. Gegenüber diesem engen Spielraum der Vertheidigung wäre das

Digitized by Google

Gebiet, das derselben später mittelst der exceptio eröffnet ward, ein unvergleichlich weites gewesen. Hier kann der Beklagte, frei von jeglicher Beschränkung, den Anspruch des Klägers in jeder gedenkbaren Weise bekämpfen: er kann ihn in seiner abstracten juristischen Existenz bestehen lassen und dennoch wegen der Mängel, die ihm anhaften, sich seiner Ausübung widersetzen — er kann dem Anspruch einen Gegenanspruch gegenüber stellen und ihn damit zurückschlagen, ja die verschiedenartigsten Rechte, wie z. B. Eigenthum und Obligation (exc. rei venditae et traditae) können in dieser Form sich gegenüber gestellt werden.

Diese Ansicht von der vermeintlichen übertriebenen Enge des ältern und der unverhältnißmäßig größern Weite des neuern Vertheidigungssystems beruht jedoch auf Schein. Freilich der Gründe, auf welche der Beklagte hier seinen Antrag auf Befreiung stützen konnte, war eine ungleich größere Zahl geworden, als dort; Haussöhne, Frauenzimmer genossen im ältern Proceß noch nicht den Schutz des Sc. Macedonianum und Vellejanum, dem Betrogenen und Gezwungenen kam noch keine exceptio doli und metus zu Hülfe. Allein darauf die Ansicht zu bauen, daß der processualische Mechanismus diesen Schutz ausgeschlossen habe, wäre sehr irrig. Hätte man sonst nur für die materielle Nothwendigkeit dieser Befreiungsgründe sich entschieden, die Form hätte keine Schwierigkeit geboten, man würde es schon verstanden haben, sie ganz so, wie die Vertheidigungsgründe des ältern Rechts (s. u.) unter den Gesichtspunkt einer Negation des klägerischen Rechts zu bringen, d. h. man würde sie als Nichtigkeitsgründe behandelt haben. Warum das spätere Recht dies nicht that, darüber habe ich mich schon oben (S. 56) geäußert.

Das beste Mittel, um diesen Irrthum von der vermeintlichen großen Differenz des Spielraums der Negations- und Exceptions-Vertheidigung zu widerlegen, besteht darin, den beiderseitigen Spielraum mit einander zu vergleichen.

Die Exception wird uns als ein Mittel bezeichnet, welches die Condemnation bald völlig ausschließt, bald bloß verrin-

Digitized by Google

gert.[48]) Daß auch die Negation unbeschadet der Grundsätze von der plus petitio dieser doppelten Wirkung fähig war, wird der Verlauf der Darstellung lehren (Note 56, 66, 71, 76).

Das Fundament oder der Stoff der Exception kann dreifacher Art sein; zu allen drei Arten liefert die Negation Seitenstücke.

Die erste Art ist die Behauptung der Mangelhaftigkeit der Entstehungsweise des klägerischen Anspruchs, Beispiele bieten die oben genannten Fälle der exc. Sc. Macedon., Vellej., metus, doli. Dieser ersten Grundform der exc.: der ursprünglichen Mangelhaftigkeit, entspricht im System der Negation die ursprüngliche Richtigkeit; Beispiele gewähren alle Gründe, welche „ipso jure" das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts ausschließen: Fehler in der Form, z. B. Präterition eines suus im Testament, Mangel der Handlungsfähigkeit, z. B. Verträge eines Wahnsinnigen, Unmündigen, Ertheilung der tutoris auctoritas in rem suam, u. a.

Die zweite Grundform der exceptio betrifft die später eingetretene Mangelhaftigkeit des klägerischen Anspruchs, sie umfaßt alle Ereignisse, Vorgänge im Leben desselben, welche, ohne dieses selber aufzuheben, doch die fernere Wirksamkeit desselben hemmen — Gebrechen und Fehler, die das ursprünglich gesunde dem von Anfang an siechen Recht völlig gleich stellen. Diesen Gründen correspondiren im System der Negation die, welche das Recht hinterher „ipso jure" aufheben; der Entkräftung entspricht die Vernichtung. Beispiele gewähren für jene: die Verjährung der Klage, der formlose Erlaß (pactum de non petendo), für diese: Untergang des klägerischen Eigenthums durch Usucapion von Seiten des Beklagten, der formelle Erlaß (acceptilatio), das pactum bei der act. furti u. a. m.

Während diese beiden ersten Grundformen der exc. der innern Mangelhaftigkeit des klägerischen Rechts selber ihren Stoff ent-

48) L. 22 pr. de exc. (44. 1). Ueber die Möglichkeit der verringernden Wirkung der exc. s. H. Dernburg, Die Compensation S. 218 flg.

Digitized by Google

nehmen, entlehnt die dritte ihn dem Verhältniß desselben zu einem selbständigen Recht des Beklagten, sie repräsentirt uns den Conflict zweier Ansprüche, welche sich in ihrer Verwirklichung hemmen oder paralysiren, so z. B. zweier Obligationen (Compensations-, Retentions-Einrede), oder des Eigenthums und der Obligation (exc. rei vend. et traditae). Daß das Negationssystem auch für diese Form ein Seitenstück zu liefern im Stande sei, möchte man im ersten Moment bezweifeln, denn wie kann der Beklagte, wenn er lediglich auf Negation des klägerischen Anspruchs angewiesen ist, demselben einen positiven Gegenanspruch gegenüberstellen? Antwort: dem Conflict beider Ansprüche muß die Gestalt gegeben werden, daß der eine den andern sei es von vornherein ausschließt oder hinterher vernichtet. Es ist die Aufgabe des Folgenden zu zeigen, wie die alten Juristen durch Anwendung dieses Kunstgriffs es verstanden haben, der scheinbar so ungelenken Vertheidigungsform des alten Processes eine Verwendbarkeit zuzuwenden, welche hinter der der exceptio wenig zurückblieb, und es dem Beklagten zu ermöglichen, dem Recht des Klägers ein eigenes, selbständiges Recht als Negationsfactor gegenüber zu stellen.

Der Weg, den sie zu dem Zwecke einschlugen, war ein doppelter; theils der des materiellen Rechts, theils der des Processes. Dort ward die Berufung des Beklagten auf sein Gegenrecht lediglich durch Sätze des materiellen Rechts ermöglicht, ohne daß das Gegenrecht im geringsten processualisch (d. h. in der Klagformel oder im Urtheil) sichtbar wurde: der Beklagte negirte in jure einfach die Existenz des klägerischen Rechts und begründete diese seine Negation demnächst in judicio einfach mit dem Nachweis seines eigenen (das erstere aufhebenden) Rechts. Der zweite Weg bestand darin, daß man der Klage mit Rücksicht auf den beabsichtigten Einwand des Beklagten eine ganz besondere Fassung gab, welche es ermöglichte, ihn in Form der Negation der Klage gegenüber zu stellen; hier ward das Recht des Beklagten processualisch sichtbar. Für gewisse Verhältnisse reichte auch dieser Weg nicht

Digitized by Google

aus, und hier schlug man den ein, den Streit über die beiderseitigen Rechte als zwei Klagen zu einem einzigen Doppelproceß (judicium duplex) zusammen zu fassen.

I. Der Weg des materiellen Rechts.

Das Gesetz der Scheidung und selbständigen Entwicklung der einzelnen Theile eines höheren Ganzen, welches das Gesetz einer jeden Entwicklung überhaupt ist, bethätigt sich auch an dem Verhältniß des materiellen Rechts und des Processes. Ursprünglich ganz zusammengewachsen und unlöslich aneinander gekettet, gehen beide im Laufe der Zeit auseinander, jedes von ihnen seine eigenthümlichen Probleme verfolgend und seinen eigenthümlichen Lebensgesetzen gehorchend. So wird das Band zwischen ihnen immer lockerer, das Verhältniß schließlich ein rein äußerliches. Die processualischen Einrichtungen bilden ausschließlich die Form des Verfahrens aus, ohne zur Unterstützung derselben eine besondere Gestaltung des materiellen Rechts in Anspruch zu nehmen, und das materielle Recht widmet sich seinen Aufgaben, ohne des Processes dabei zu gedenken, ja es kommt endlich der Zeitpunkt, wo man sogar vor der Idee nicht mehr zurückschrickt, eine ganz neue Proceßordnung einzuführen, den Proceß der wesentlichsten Umgestaltung zu unterziehen, ohne am materiellen Recht zu rütteln, und umgekehrt letzteres in eine völlig neue Form zu bringen, ohne den Proceß im mindesten zu alteriren. Von einem solchen Standpunkt der Entwicklung aus, wie es der unserer heutigen Zeit ist, läuft man nur zu sehr Gefahr, das ursprüngliche Verhältniß zwischen beiden Theilen zu verkennen und im Licht der eigenen Zustände zu beurtheilen, und es bedarf erst eines künstlichen Sicheinlebens in die Vergangenheit und ihre eigenthümlichen Zustände, um die Erscheinungen, die sie uns aufweist, wirklich zu verstehen.

Zu dieser Betrachtung haben mir die Rechtssätze Veranlassung gegeben, deren Bedeutung ich im Folgenden zu ermitteln versuchen werde. Sie gehören sämmtlich dem materiellen Recht an, und

Digitized by Google

doch ist ihre Bedeutung eine rein *processualische*. Ein processualischer Zweck nämlich, die Ermöglichung der Vertheidigung des Beklagten in Form der Negation, hat ihnen das Leben gegeben, aber die spätere Entwicklung des Processes hat den Boden, auf dem sie gewachsen waren, und der ihre eigenthümliche Gestalt bedingte, überfluthet, ohne sie selbst mit hinwegzuschwemmen, und so ragen sie als Ueberbleibsel einer frühern Epoche in eine Zeit hinein, die für ähnliche Zwecke völlig andere Formen zur Anwendung brachte, ganz geeignet, den Unkundigen irre zu führen.

Dahin gehört zunächst die Regel, daß weder ein Kauf oder Miethcontract, noch eine Verpfändung, ein Precarium oder Depositum der eigenen Sache möglich sei.[49]) Der ursprüngliche Sinn und Zweck derselben war in meinen Augen der: dem wahren Eigenthümer, der in Unkenntniß seines Eigenthums einen der genannten Verträge abgeschlossen hatte, gegenüber der Klage seines Gegners auf Rückgabe der Sache oder auf Zahlung des Kaufpreises oder Miethzinses die Berufung auf sein Eigenthum und damit die Abwehr des klägerischen Anspruches zu ermöglichen. In seiner nackten Gestalt als Berufung auf das eigene *Eigenthum* wäre dieser Einwand im ältern Proceß unmöglich gewesen, denn in dem Proceß über die *Obligation* oder über den *Besitz*[50]) konnte von der andern Seite nicht die *Eigenthumsfrage* eingemischt werden. Wollte man den Einwand gleichwohl zulassen, so war dies nur in der Form möglich, daß man ihm die Gestalt einer Bestreitung des Klagegrundes gab: der Kauf, die Miethe u. s. w. ist *nichtig*, denn er hat meine eigene Sache betroffen. Processualisch ward

49) L. 45 pr. de R. J. (50. 17). Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest. L. 21 de usuc. (41. 3), L. 31 §. 1 Dep. (16. 3) u. a.

50) Auf die von mir (in der zweiten Aufl. meiner Abhandlung über den Grund des Besitzesschutzes S. 97 flg.) bestrittene Natur des interdictum de precario als eines int. recuperandae possessionis gehe ich hier selbstverständlich nicht weiter ein.

Digitized by Google

hier das Eigenthum weder in der Klage, noch im Urtheil sichtbar, der Grundsatz der einen Frage war gerettet [51]).

Der obige Rechtssatz gehört in meinen Augen zur Zahl derjenigen, mittelst welcher das ältere Recht die Berücksichtigung eines wesentlichen Irrthums zu vermitteln versuchte,[52]) die stillschweigende Voraussetzung desselben ist Irrthum über das Eigenthum im Moment des Geschäftsabschlusses. Darum cessirt die Berufung auf das Eigenthum, wenn dasselbe erst später entstanden ist,[53]) oder wenn die Contrahenten bei Abschluß des Geschäfts sich darüber nicht in Unkenntniß befanden, in welchem Fall man ihre Intention in einer Weise interpretirte, die sich mit der Thatsache des Eigenthums vertrug.[54])

Dasselbe Mittel, das die alten Juristen in diesem Fall zur Anwendung bringen, um dem Beklagten dem obligatorischen Anspruch des Klägers gegenüber eine Berufung auf sein Eigenthum zu ermöglichen, kehrt wieder, um in gewissen Fällen ganz

---

51) Als Form, in welcher der Incidentstreit über das Eigenthum zum Austrag gebracht werden konnte, bot sich die sponsio praejudicialis dar (Gaj. IV. §. 93: Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?). Möglicherweise erfolgte die Erledigung des Präjudicialpunktes bereits vor der Constituirung des Judiciums über die persönliche Klage, so daß je nach Ausfall des Vorverfahrens das Hauptverfahren entweder unterblieb oder zu Stande kam.

52) Zu diesen Rechtssätzen zähle ich auch den über den Einfluß der Präterition der sui auf die Gültigkeit des Testaments (wer um die Existenz der sui weiß, kann sie durch exheredatio nach älterm Recht einfach beseitigen; wer dies unterlassen hat, von dem kann man annehmen, daß er gar nicht darum gewußt hat), das Erforderniß des Eigenthums des Testators beim Vindicationslegat (s. u.), der Existenz der Schuld beim constitutum u. a.

53) Dies ergibt sich aus dem unten (§. 53) bei der Theorie der Rechtsgeschäfte zu entwickelnden Grundsatz, vermöge dessen nur die bereits vorhandenen Momente bei Abschluß des Rechtsgeschäfts in Betracht gezogen wurden.

54) Indem man nämlich dem Eigenthum den Besitz substituirt L. 34 §. 4 de cont. emt. (18. 1) ... ut possessionem emat, L. 28 de poss. (41. 2) ... specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae, L. 6 §. 4 de prec. (43. 26) cum possessionis rogetur, non proprietatis precarium.

Digitized by Google

dasselbe in Bezug auf eine Gegenforderung zu erreichen; wie jener Fall uns den Conflict der Obligation mit dem Eigenthum repräsentirt, so dieser den der Obligation mit der Obligation.

Es schien den alten Juristen billig, dem Ehemann, der nach Auflösung der Ehe die Dos herausgeben solle, ein Abzugsrecht wegen der von ihm aufgewandten nothwendigen Auslagen einzuräumen. Da die Gegenforderung des Mannes aus dem obigen Grunde in der Formel keinen Platz fand, so ward der Sache die Wendung gegeben, daß sich die Forderung der Frau um den Betrag der Gegenforderung ipso jure vermindert habe. Auf diese Weise kam letztere positiv als solche im Proceß gar nicht zum Vorschein, sie wirkte nur negativ als Subtractionsfactor, indem sie den Betrag der Klage von vornherein um den entsprechenden Antheil verringerte — der Conflict beider Forderungen vollzog sich nicht in und durch, sondern vor und außer dem Proceß, Gegenstand des letzteren ward lediglich die schon vorher um die Gegenforderung verringerte Forderung der Klägerin.

Das ist meiner Ansicht nach[55]) die ursprüngliche Bedeutung des Satzes, daß die nothwendigen Auslagen die Dos ipso jure vermindern.[56]) Wäre dieses Abzugsrecht erst in späterer Zeit zugelassen worden, als die Exceptionen sich bereits völlig eingebürgert hatten, so würde es schwerlich in diese, sondern wahrscheinlich in dieselbe Form gebracht worden sein, die dem erst später aufgekommenen Abzugsrecht des Mannes wegen der nütz-

55) Ich halte an dieser in der ersten Auflage aufgestellten Ansicht auch fernerhin fest; die abweichenden Ausführungen von Bechmann Dotalrecht II S. 267 fl., Dernburg Compensation Aufl. 2 S. 105 fl., Czyhlarz Dotalrecht S. 277 fl. haben mich in Bezug auf die Zeit und die Proceßform, die ich im Auge habe, nicht überzeugt.

56) Impensae necessariae dotem ipso jure minuunt; L. 5 §. 2 de pact. dot. (23. 4), L. 5 de imp. (25. 1), L. 1 §. 4 L. 2 §. 1 L. 5 de dot. prael. (33. 4). Die Erklärung, die man sonst von dieser Regel gibt (z. B. Dernburg Compensation S. 105 fl.), ist nicht sowohl eine Erklärung, als eine andere Fassung der Regel.

Digitized by Google

lichen Verwendungen gegeben ist,[57]) nämlich in die des Retentionsrechts (exc. doli). Die Verschiedenheit der Form beider kommt meiner Ansicht nach lediglich auf Rechnung der Verschiedenheit ihrer Entstehungszeit und der damals herrschenden Proceßsysteme; vom praktischen Standpunkte aus könnte man beide als Anwendungsfälle des Retentionsrechts bezeichnen, wie dies die römischen Juristen in der That auch gethan haben.[58])

Das Genauere über die Art und Weise, wie jener Abzug formell in der Klagformel vermittelt wurde, ist uns nicht erhalten. Zur Zeit, als die Klagen mit einer intentio incerta (S. 22) aufgekommen waren, hatte die Sache gar keine Schwierigkeit; die Frau klagte mit der act. rei uxoriae auf „quantum aequius melius sit dari"; in dem „quantum" steckt bereits die Hindeutung auf die Verringerung der Dos durch die Gegenforderung. Allein zur Zeit, als noch das Princip der intentio certa existirte, und als es noch keine eigentliche Dotalklage gab, die Dos vielmehr nur auf Grund der über ihre Rückgabe abgeschlossenen Stipulationen (cautiones rei uxoriae) zurückgefordert werden konnte,[59]) mußte die Klage nicht unbestimmt auf ein „quantum", sondern auf das ganz bestimmte Dotalobject und mithin, wenn letzteres in Geld bestand, auf Geld gerichtet werden. Hier hätte also die Frau, wenn sie sich nicht einer plus-petitio und damit der Gefahr des Verlustes des ganzen Processes aussetzen wollte, die Gegenforderung des Mannes auf Heller und Pfennig genau

57) L. 7 §. 1 de imp. (25. 1) .. utiles non quidem ipso jure minuunt dotem.

58) Daß Justinian in §. 37 I. de act. (4. 6) dies thut („retentio concessa"), soll nicht schwer in die Wagschale fallen, wohl aber Ulp. VI, 9. 14 (retentio propter impensas), L. 56 § 3 de J. D. (23. 3) .. retineatur und die vorige Note; ähnlich beim Pekulium (s. u.), für welches die L. 30 pr. de act. emt. (19. 1) das „ipso jure minutum esse peculium" und „retentionem habiturum" ebenfalls identificirt.

59) A. Gellius N. A. IV, 3 datirt dieselben von der Ehescheidung des Carvilius Ruga (523 d. St.), zu dieser Zeit aber stand meiner Ansicht nach das Princip der intentio certa noch in vollster Blüthe.

Digitized by Google

in Abzug bringen müssen. Durfte man ihr dies zumuthen? Sie kannte weder den Betrag der Gegenforderung aus eigener Erfahrung, noch brauchte sie denselben dem Manne ohne Beweis zu glauben. Die Analogie des Argentarius (s. u.), der die Gegenforderung ganz genau kennen konnte und mußte, läßt sich eben aus dem Grunde hier nicht heranziehen. Eben darauf beruht meines Erachtens der Zweck der von Gajus[60]) mitgetheilten Präjudicialklage über den Betrag der Dos. Einen verständigen Grund für die Nothwendigkeit dieser Präjudicialklage soll man noch erst angeben. In das System der intentio incerta paßt sie absolut nicht, denn hier steht ja der Ermittelung und Feststellung des Betrags der Dos in dem Dotalproceß selber nichts im Wege, sie weist also mit Nothwendigkeit auf das System der intentio certa hin. Wie will man sie aber hier einfügen? Etwa so: die Frau hätte, sei es sofort nach Bestellung und Auszahlung der Dos, sei es später zu irgend einem beliebigen Zeitpunkt den Betrag der Dos richterlich feststellen lassen können? Aber wozu das? Konnte die Frau bei Gelegenheit der Präjudicialklage den Betrag nachweisen, und dies mußte sie ja, um den Richter zu überzeugen, so konnte sie es auch bei Gelegenheit der Dotalklage. Wozu also dieser anticipirte Beweis, für den der ältere Proceß sonst gar keine Parallele darbietet? Und wenn er für den Dotalanspruch möglich war, warum nicht auch für jede andere Forderung? Kurz, jene Präjudicialklage hat gar keinen Sinn, wenn man sie auf die Forderung der Klägerin bezieht. Dagegen gewinnt sie eine ungeahnte Bedeutung, sowie man sie mit der Gegenforderung des Beklagten in Beziehung setzt; denn daß letztere, nachdem die Ehe geschieden war, und die Frau ihren Anspruch auf Rückgabe der Dos geltend machen wollte,[61]) einen Gegenstand des

60) Gaj. IV, 44: praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur . . quanta dos sit. Die Erklärung, die O. Bülow de praejudic. form. (Breslau 1859) gibt, befriedigt mich nicht.

61) Ich weiß nicht, wie Czyhlarz a. a. O. S. 280 dazu gekommen, mir die — allerdings keiner Widerlegung bedürftige — Ansicht zu imputiren,

Digitized by Google

Streits unter den Parteien abgeben konnte, und zwar nicht bloß die Frage über den Betrag der Verwendungen, sondern auch die über ihren Charakter als nothwendiger Auslagen[62]) liegt ebensosehr auf der Hand, als daß man der Frau nicht zumuthen konnte, diese Frage in Form des gewöhnlichen Processes mit Gefahr der plus-petitio zur Entscheidung zu bringen, zu geschweigen des Falles, wo beide Parteien in Frieden und ohne Proceß die Sache erledigen wollten.[63]) Daß die Formel der Klage, wenn Gajus sie sonst richtig mittheilt, nicht direct auf die Höhe der Impensen, sondern auf die der Dos lautete, wird als Gegengrund nicht angeführt werden dürfen; denn der Sache nach steckte in der einen Frage zugleich die andere,[64]) und wir sind nicht in der Lage zu bestimmen, ob nicht mit der weitern Fassung noch andere Zwecke sich verbanden.[65])

---

als hätte der Mann, sofort wenn er eine Auslage gemacht hatte, das obige praejudicium gefordert. Während der Ehe wußte man ja noch gar nicht, ob es zur Herausgabe der Dos kommen würde, das praejudicium hatte erst Sinn, wenn dies fest stand, und die Frau den Betrag und die Natur der von dem Manne liquidirten impensae necessariae nicht zugestand.

62) L. 15 de imp. (25. 1) . . . non tam facile in universum definiri possunt.

63) Ebenso, wenn es sich z. B. bei Gelegenheit der Collation der Dos um deren Höhe handelte L. 1 §. 5 de dot. coll. (37. 7) . . . impensarum necessariarum sit detractio.

64) Ebenso wird bei dem Streit über den Betrag der Quarta Falcidia die Frage nicht direct auf diesen Betrag, sondern auf den des Nachlasses gerichtet (s. u.).

65) Wenn der arbiter den Betrag der Verwendungen ermittelt hatte, so konnte die Klägerin, bevor er erkannte: quanta sit dos, die Auslagen ersetzen und auf diese Weise sich die unverkürzte Restitution der ursprünglichen Dotalobjecte sichern, arg. L. 56 §. 3 de J. D. (23. 3) v. nisi impensa reddatur. Damit erledigen sich die Bedenken, welche Czyhlarz a. a. O. dem Fall entnommen hat, wenn die Dos nicht in Geld, sondern in andern Sachen bestand. Berichtigte die Frau nicht vor Erlaß des Erkenntnisses im praejudicium die vom arbiter festgestellte Impensensumme, so ästimirte er die Sachen in Geld, zog den Betrag der Impensen ab und erkannte schließlich auf Geld. Wollte sie das vermeiden und die Sachen in natura wieder haben, so mochte sie die Impensen ersetzen, ganz so, wie es der Legatar im Fall der

Digitized by Google

Diese so eben entwickelte Ansicht wird durch einen zweiten Conflictsfall in hohem Grade unterstützt, nämlich durch die Art, wie man bei dem Abzug der Quarta Falcidia verfuhr. Aehnlich wie von der Dos heißt es von den Legaten, daß sie durch das Falcidische Gesetz bis zu der dem Erben zuständigen Quart „ipso jure" vermindert würden.[66]). Auch hier handelte es sich um ein Abzugsrecht,[67]) auch hier aber erhob sich im älteren Recht dieselbe Schwierigkeit der processualischen Gestaltung dieses Abzugsrechts. Da nämlich bei einer Ueberbürdung der Erbschaft mit Vermächtnissen letztere sich „ipso jure" um ebenso viel verringerten, als die Quart des Erben betrug, so lag in der Einklagung derselben zum ganzen Betrage eine plus-petitio; wollte der Legatar sich dagegen wahren, so mußte er die Quart abziehen. Aber wie konnte er es? wie konnte man von ihm verlangen,[68]) daß er den Stand des Nachlasses so genau kenne oder in Erfahrung bringe? Der Erbe selber war vielleicht noch gar nicht einmal in der Lage, darüber genaue Auskunft zu geben, oder er verweigerte sie in böser Absicht.

Es gab hier verschiedene Mittel,[69]) von denen ich des Zu-

L. 5 §. 1 de exc. doli (44. 4) und der Vindicant in Bezug auf die Impensenforderung des Beklagten thun mußte, wenn er nicht wollte, daß es schließlich in der sententia zur Abschätzung der Sache in Geld und Aufrechnung der beiderseitigen Geldforderungen kommen sollte.

66) L. 73 §. 5 ad leg. Falc. (35. 2) . . pro rata portione per legem ipso jure minuuntur. L. 1 §. 5 quod legat. (43. 3).

67) Daher auch bei beiden dieselben Ausdrücke: deducere und deductio s. z. B. L. 15, 16 de imp. (25. 1) . . ex dote deduci . . ex dote deductionem. L. 80 pr. ad leg. Falc. (35. 2) Ulp. XXV, 14 . . quarta deducta; detrahere L. 1 §. 5 de dot. coll. (37. 7), L. 73 §. 5 ad leg. Falc. (35. 2). Ebenso bei dem Pekulium (s. u.) L. 11 §. 7 de pec. (15. 1) . . deducere . . . detrahere.

68) L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1) . . justam enim habet ignorantiam legatarius . . quotam partem vindicare debeat.

69) Die Vindicatio mit deductio (s. u.); sodann bei untheilbaren Gegenständen der in L. 80 §. 1 ad leg. Falc. (35. 2) und L. 5 §. 1 de doli exc. (44. 4) angegebene Weg.

Digitized by Google

sammenhangs wegen nur der Präjudicialklage gedenke; es ward den Parteien ein Arbiter[70]) bestellt, welcher den Stand des Vermögens zu ermitteln hatte und durch seinen Ausspruch es dem Legatar ermöglichte, die Quart selber zu berechnen und dem entsprechend seine Klage auf so viel weniger zu richten.

Der Satz, daß der Anspruch des Klägers sich ipso jure um die Gegenforderung des Beklagten vermindere, oder, wie wir ihn fortan bezeichnen wollen, das Retentions- und Compensationsrecht in seiner ältesten Gestalt, wiederholt sich drittens auch beim Pekulium. Bekanntlich statuirt das römische Recht Naturalobligationen zwischen dem Hausherrn und den ihm untergebenen Personen. Wenn letztere sich in dem Besitz eines Pekuliums befinden, und der Herr auf Zahlung ihrer Schulden aus diesem ihrem Sondervermögen (actio de peculio) oder auf gesammte Ueberlassung desselben aus einem Legat oder einem andern Grunde in Anspruch genommen wird, so ist ihm verstattet, seine Forderungen in Abzug zu bringen. Auch hier aber kann die Gegenforderung der Einrichtung des alten Processes gemäß nicht als solche dem Anspruch des Klägers gegenüber gestellt werden, sondern sie kann wiederum nur negativ, als Subtractionsfactor zur Geltung gelangen; wie die Dos sich um so viel vermindert, als die nothwendigen Impensen, so das Pekulium um so viel, als die Forderungen des Herrn betragen.[71]) War die ange-

70) L. 1 §. 6 si cui plus (35. 3) . . arbiter dari solet ad ineundam quantitatem bonorum. So erklärt sich L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1) . . propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud judicem (d. h. nicht im judicium, sondern im prae-judicium) examinatur.

71) L. 30 pr. de act. emt. (19. 1) . . ipso jure . . minutum esse peculium, L. 11 §. 7 de pec. (15. 1) . . non est in peculio, quod domino debetur, L. 9 §. 2 ibid. peculium deducto, quod domino debetur, computandum esse. Auf diese juristische Verminderung, Vermehrung und Aufhebung ist der Ausspruch in L. 40 pr. de pec. (15. 1): peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur zu beziehen. Das Gegenstück s. oben Note 31. Die Herbeiziehung des Begriffs der universitas juris (Dernburg Compensation S. 117 fl.) ist zur Erklärung unserer Regel meiner Ansicht nach weder nöthig, noch ausreichend.

Digitized by Google

stellte Klage eine persönliche, so war die Sache ziemlich einfach. Der Kläger gab lediglich den Betrag seiner Forderung an, ohne daß ihm ein gleiches rücksichtlich der Höhe des Pekuliums obgelegen hätte;[72] er stellte vielmehr seinen Antrag nur unbestimmt auf Zahlung „bis zum Betrag des Pekuliums", es bedurfte mithin nicht, wie bei der Dos, erst eines Präjudicialverfahrens über diesen Betrag, sondern dieser Punkt erledigte sich von selbst bei Gelegenheit der Condemnation. Ungleich schwieriger aber stand die Sache, wenn die angestellte Klage eine dingliche war, also z. B. wenn der verstorbene Herr des Sklaven das Pekulium ihm selber oder irgend einem Andern in Vindicationsform legirt hatte. Der Legatar konnte hier seine Klage nicht auf den Betrag oder den Werth des Pekuliums im Ganzen richten, sondern er mußte die einzelnen Sachen vindiciren,[73] von Sachen aber lassen sich Schulden nicht abziehen, denn Eigenthum und Obligation sind irrationale Größen.[74] Der Behauptung des Klägers „die Sachen sind mein" konnte der Beklagte nicht entgegensetzen „ich habe eine Forderung", sondern sein Forderungsrecht mußte, wenn sonst das Abzugsrecht nicht verloren gehen sollte, in diesem Fall in eine Eigenthumsquote umschlagen, das Recht auf einen Werth sich zum Recht an der Substanz verdichten.[75] Damit waren Minuend und Subtrahend in gleichartige Größen verwandelt, und in demselben Verhältniß, wie sich der Betrag der Forderung des Beklagten zum Gesammtwerth des Pekuliums verhielt, bekam er Miteigenthum an jeder einzelnen Sache: das

72) L. 30 pr. de pec. (15. 1) . . intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio, das Dasein des Pekuliums bildet kein Erforderniß der intentio, sondern der condemnatio, und darum entscheidet nicht der Betrag im Moment der Litiscontestation (S. 24), sondern des Urtheils.

73) L. 56 de R. V. (6. 1) . . singulas res . . petet.

74) L. 5 pr. de imp. (25. 1) . . etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. L. 26 §. 4 de cond. ind. (12. 6) non fit confusio partis rei cum pecunia.

75) Dieser Gegensatz ist in der in der vorigen Note citirten L. 5 pr. sehr klar erfaßt.

Digitized by Google

Recht des Klägers war also auch hier „ipso jure vermindert", auch hier trat das Recht des Beklagten ihm entgegen in der Form einer (partiellen) Negation.[76] Damit ergab sich aber für den Kläger wiederum derselbe Nothstand, wie oben für die Frau bei der Dos: er soll, wenn er sich nicht der Gefahr der plus-petitio aussetzen will, seine Klage nur auf das richten, was übrig bleibt, nachdem der Theil des Beklagten abgezogen ist, und doch kann er ihn nicht abziehen, weil er ihn nicht kennt. Wie hier helfen? Hier wäre ein Präjudicialverfahren ganz am Platz gewesen, und ob das frühere Recht sich dessen nicht wirklich bedient hat, bleibe dahin gestellt. Die römischen Juristen nennen uns zwei andere Mittel, die act. communi dividundo und die vindicatio incertae partis;[77] ob schon der ältere Proceß beide Klagen in Richtung auf einen unbestimmten Theil zugelassen habe, möchte ich bezweifeln.[78]

Das Gemeinsame der Fälle, welche wir bisher betrachtet haben, besteht darin, daß der Beklagte dem Kläger einen selbständigen

---

76) Es wird jetzt klar sein, was es heißt, wenn die römischen Juristen sagen: „singula corpora pro rata deminui debebunt" (L. 6 pr. de pec. leg. 33. 8) oder „si crediderit, id ipso jure detrahi et corpora singula per hoc aes alienum deminui" (L. 8 pr. ibid.). Derselbe Gesichtspunkt kehrt aus demselben Grunde bei der Quarta Falcidia wieder, L. 1 §. 5 quod leg. (43. 3) .. ipso jure remanet, et si corporaliter res in solidum translatae sunt und arg. L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1), L. 8 §. 1 Comm. div. (10. 3). Hätte die Frau die Dos statt mit einer persönlichen Klage mit einer Vindication zurückfordern müssen, so würde Ulpians Ausführung in L. 5 pr. de imp. (25. 1) gerade entgegengesetzt gelautet haben.

77) L. 8 §. 1 Comm. div. (10. 3); es wird hier auch der Fall des Abzugs der Quarta Falcida genannt, und er kehrt wieder in der L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1).

78) Für die reiv. bedarf dieser Zweifel keiner Rechtfertigung, für die act. comm. div. stütze ich ihn darauf, daß nach dem Separationssystem der Klagen im alten Proceß (§. 51) diese Klage nicht zugleich eine Function haben konnte, für die es eine eigene Klage: die reivindicatio gab, nämlich das Eigenthum der Parteien festzustellen, s. darüber die Analogie der act. fam. ercisc. L. 1 §. 2 si pars her. (5. 4) .. aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae.

Digitized by Google

Anspruch gegenüber stellt, ohne daß derselbe processualisch im Mindesten sichtbar wird, und ohne daß es zu dem Zweck eines besondern Zuschnitts der Klagformel bedarf; der Einwand hält sich ganz innerhalb der Grenzen der Negation, und so wenig es sonst für Gründe, welche unter den Gesichtspunkt der Negation fallen, d. i. das Recht des Klägers ipso jure ausschließen, eines besonderen Vermerks in der Klagformel bedarf, so wenig hier.

Der Weg, den die Juristen in diesen Fällen eingeschlagen haben: der einer Appretur des materiellen Rechts zu Gunsten processualischer Zwecke oder, wenn ich so sagen darf, einer in einen Rechtssatz versteckten Einrede wiederholt sich noch in manchen andern Fällen, die nicht unter unsern Gesichtspunkt der Geltendmachung eines Gegenanspruchs fallen. Wer dafür ein Auge hat, wird in manchen Sätzen des materiellen Rechts diesen, ich möchte sagen, processualischen Zug nicht verkennen können. Die römischen Juristen stellen als Erforderniß des Darlehns den Uebergang des Eigenthums auf.[79]) Heißt das: Kläger hat dies Erforderniß zu behaupten und zu beweisen? Ein Einfall, über den ich kein Wort zu verlieren brauche. Der Zweck des Erfordernisses war vielmehr der, dem Beklagten einen Ipso-jure-Einwand offen zu halten, nämlich den, daß ihm der Darlehnsgegenstand evincirt worden war, m. a. W. jenes in positiver Gestalt ausgedrückte Erforderniß kam ähnlich wie das der bona fides oder der Usucapionsfähigkeit der Sache bei der Usucapion nur als Negation von Seiten des Beklagten (indirekter Gegenbeweis) und nur unter ganz besondern Voraussetzungen zur Sprache. Ohne jenen Satz hätte der Beklagte den Einwand nur in Form der exceptio, d. h. im ältern Recht gar nicht vorschützen können — der Satz enthielt also in Form eines absoluten, positiven Erfordernisses des Thatbestandes den Stoff zu einer eventuellen Einrede. Ganz dieselbe Bewandtniß hatte in meinen Augen das Erforderniß des Eigenthums des Testa-

79) L. 2 §. 4 de R. Cr. (12. 1) In mutui datione oportet dominum esse dantem.

Digitized by Google

tors am Object des Vindicationslegats.[80]) Den Beweis dieses Erfordernisses dem Legatar aufbürden hätte geheißen, den Erfolg des Legats in den meisten Fällen geradezu vereiteln und in Bezug auf die Beweislast das natürliche Verhältniß zwischen Erben und Legatar völlig verkehren, denn wenn Beweismittel über das Eigenthum des Erblassers überhaupt existirten, so befanden sie sich im Besitz des Erben, nicht des Legatars; die Meinung, daß der Legatar den Beweis hätte führen müssen, ist in meinen Augen eine Gedankenlosigkeit, gegen die ich jedes weitere Wort für verloren halte.[81]) Auch für dieses Erforderniß bleibt als praktischer Zweck nur der übrig, daß es dem Erben den Stoff zu einer Einrede gegen die Gültigkeit des Legats hat geben sollen, deren Grund selbstverständlich er selber zu beweisen hatte, z. B. daß die Sache ihm selber gehöre, oder daß der Testator später, d. h. nach errichtetem Testament das Eigenthum auf einen Andern übertragen habe.[82]) Dasselbe Sachverhältniß wird sich in manchen andern Fällen wiederholt haben.[83])

---

80) Gaj. II, 196. Ulp. XXIV, 7.

81) Gegen diese Idee s. auch das Zeugniß von Quintil. I. O. IV. 2 §. 6: satis est dixisse: ... legatum peto ex testamento; diversae partis expositio est, cur ea non debeantur.

82) Darum das Erforderniß des Eigenthums im Moment des Testaments und des Todes Gaj. II, 196. Unter diesen Gesichtspunkt fiel gewiß auch eine spätere Verpfändung in Form der fiducia, während eine bereits fiducirte Sache auch in Form des Vindicationslegats gültig legirt werden konnte, Gaj. II, 220.

83) In meiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes (Aufl. 2 S. 50 fl.) habe ich außer den obigen noch folgende namhaft gemacht: Eigenthum am stipulirenden Sklaven als Bedingung der Gültigkeit der Stipulation, Eigenthum an der gestohlenen oder verletzten Sache bei der cond. furt. und der act. leg. Aquiliae, Sufficienz der Erbschaft für die hinterlassenen Legate. Es ist ein durch unsere heutige Beweistheorie veranlaßter weitverbreiteter Irrthum, als ob im römischen Proceß der Kläger stets die im Edict oder in der Formel bezeichneten Voraussetzungen seines Rechts hätte beweisen müssen. Aber wohin würde dies geführt haben! Man vergleiche einmal L. 1 §. 6 quod falso (27. 6): si id actor ignoravit, L. 1 pr. de his qui (9. 3): insciente domino, L. 7 §. 11 de Publ. (6. 2): qui bona fide

Digitized by Google

Der bisher geschilderte Weg war nicht überall anwendbar, er paßte nur für solche Fälle eines Zusammentreffens verschiedener Rechte, bei denen beide sich gegenseitig ganz oder theilweise vernichten. Dagegen war er ungeeignet für alle Fälle eines friedlichen Nebeneinanderbestehens beider. Mit dem Eigenthum des Klägers verträgt sich ein Nießbrauch in der Person des Beklagten, mit dem Miteigenthum des Einen dasselbe Rechtsverhältniß auf Seiten des Andern. Wenn man hier, wie es ja gar nicht zu umgehen war, dem Beklagten die Berufung auf sein Recht verstatten wollte, wie konnte das geschehen, ohne den Grundsatz der einen Frage zu verletzen? Das Recht des Einen läßt sich hier ja nicht unter den Gesichtspunkt einer Negation des gegnerischen bringen.

Die römischen Juristen haben auch diese Aufgabe trefflich zu lösen verstanden. Der Weg, den sie einschlagen, besteht in der entsprechenden Anpassung der Klage für die Zwecke der bestimmten in Aussicht genommenen Vertheidigung; der Kläger wird gezwun-

---

emit, L. 1 pr. ibid.: non a domino, L. 16 §. 2 de pec. const. (13. 5): neque solvere, neque fecisse neque per actorem stetit. Gaj. IV, 47 dolo malo redditam non esse. Ganz dasselbe galt sicherlich auch von der Clausel der possessorischen Interdicte: nec vi, nec clam, nec precario (die also nicht, wie Rudorff zu Savigny Recht des Besitzes Aufl. 7 S. 691 annimmt, den Kläger zum Beweis des relativ fehlerfreien Besitzes verpflichtete). Den begangenen Fehler sieht man sich dann genöthigt durch Präsumtionen der bona fides u. s. w. wieder unschädlich zu machen. Ob das obige Verhältniß im Text nicht auch beim constitutum und bei der novatio hinsichtlich des Erfordernisses einer vorausgehenden Schuld anzunehmen ist, möchte ich keineswegs so schlechthin verneinen, wie dies Bruns, Zeitschr. f. R. G. I S. 73 thut, ich halte es vielmehr in Hinblick auf die übrigen, von mir beigebrachten Fälle für sehr wohl möglich, daß damit dem Beklagten nur ein Ipso-jure-Einwand hat gewährt werden sollen, derselbe, der sonst die Gestalt der exc. doli wegen mangelnder causa an sich trägt. In meinen Vorlesungen pflege ich jene Momente, welche nur den Zweck haben, dem Beklagten Stoff zu einem Einwande zu geben, als negative Elemente des Thatbestandes zu bezeichnen, das lehrreichste Beispiel gewähren die negativen Voraussetzungen der Usucapion: bona fides, Usucapionsfähigkeit der Sache, Unterbrechung der Usucapion, die positive Ausdrucksform der beiden ersten darf über ihre wahre Natur nicht täuschen.

Digitized by Google

gen, seinen eignen Anspruch in einer Weise zu formuliren, daß der des Beklagten ihm gegenüber unter den Gesichtspunkt der Negation fällt: die Klage kommt so zu sagen der Vertheidigung auf halbem Wege entgegen. Für gewisse Zwecke reicht dieser Weg nicht aus, und hier kommt es dann — sollen wir sagen mit Verleugnung des Grundsatzes der Negation oder des Grundsatzes, daß zwei Klagen nicht zu einem Proceß verbunden werden dürfen? — zu einem Proceß mit positiven Behauptungen beider Parteien: der Doppelklage.

Es ergeben sich daraus für die folgende Betrachtung drei processualische Formen, nämlich:

1) Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts;
2) Substituirung einer Klagformel im Interesse des Beklagten an Stelle der vom Kläger gewählten;
3) Doppelklage.

1. Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts.

Zwei Anwendungsfälle derselben sind jedem Kenner der römischen Rechtsgeschichte aus Gajus[84]) zur Genüge bekannt, es sind dies die beiden Klagen des argentarius[85]) und des bonorum emtor; jener wird gezwungen, wie Gajus sich ausdrückt, (cogitur) cum compensatione agere, dieser (jubetur) cum deductione agere.[86]) Das Unterscheidende dieser beiden Fälle ist für uns hier ohne Werth und findet sich bei Gajus klar auseinander gesetzt, dagegen ist das, worin sie übereinstimmen, nämlich die Art, wie sie es erreichen, daß die Gegenforderung des Beklagten

84) Gaj. IV. 64—68.

85) Sie ist oben S. 43 bereits erwähnt.

86) Wie die Compensation des spätern Rechts an diese Form anknüpft (Paulus S. R. II. 5 §. 3 . . compensare ac deducere debes, L. 4 L. 18 §. 1, L. 21 de comp. 16. 2) gehört nicht mehr hierher. Die zweite Klage im Text ist zwar prätorischen Ursprungs, allein ihr Zuschnitt ist ganz im Geist des ältern Processes.

Digitized by Google

zu ihrem Recht gelangt, von um so höherm Interesse für uns. Es geschieht dies in derselben Weise, wie bei unsern beiden obigen Beispielen der Dos und des Pekuliums, nämlich durch Subtraction, nur daß letztere, die dort processualisch nicht als solche sichtbar, sondern nur in ihrer Wirkung fühlbar ward, hier in der Klagformel offen zu Tage tritt. Der Kläger fordert in derselben nämlich: „so viel, als ihm nach Abzug der Gegenforderung des Beklagten zukommt". Der Argentarius aber muß dabei die Gegenforderung und sein Saldo bis auf Heller und Pfennig genau angeben; versieht er sich darin, so verliert er den ganzen Proceß. Von ihm kann man mit Fug und Recht die exacteste Genauigkeit verlangen, denn Buch- und Rechnung-führen ist ja sein Geschäft, und dafür wird er bezahlt. In dem andern Fall hingegen ist der Kläger in den meisten Fällen gar nicht in der Lage, den Betrag der Gegenforderung zu kennen, und darum wird ihm auch die Angabe desselben gar nicht zugemuthet, die Ermittlung und Feststellung desselben vielmehr dem Processe überlassen. Hier wie dort erstreckt sich die processualische Verhandlung auch auf die Gegenforderung, allein der Grundsatz der Einheit der Frage ist formell dadurch gewahrt, daß dieselbe nicht als Gegenforderung der Forderung des Klägers entgegen tritt, so daß es sich um zwei selbständige Ansprüche handeln würde, sondern daß sie lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Modalität der klägerischen Forderung erscheint, als ein für die Höhe derselben Ausschlag gebendes Moment, m. a. W. der Proceß dreht sich nicht um zwei Forderungen von 100 und von 20, sondern um eine einzige von 80.[87])

Die beiden von Gajus mitgetheilten Fälle waren schwerlich die einzigen, in denen diese eigenthümliche Art der Klagfassung zur Anwendung kam. Zwar für die persönlichen Klagen, also für den Conflict der Forderung mit der Gegenforderung, habe ich keinen Grund zu dieser Behauptung,[88]) wohl aber für die dingliche

87) L. 21 de comp. (16. 2): ab initio minus ab eo petitur. Gaj. IV. 44 ab initio compensatione facta minus intendit sibi dari oportere.

88) Ob in Vat. fr. §. 108 .. deductis quintis singulorum libe-

Digitized by Google

Klage, namentlich den Conflict des Eigenthums mit dem Nießbrauch. Setzen wir den Fall, es hätte Jemand in seinem Testament seiner Wittwe den Nießbrauch, einer andern Person aber das Eigenthum an seinem Hause vermacht, die Gültigkeit dieses letzteren Legats aber wäre in Frage gekommen, und der Berechtigte wollte die Frage zur gerichtlichen Entscheidung bringen. Wie gegen jede andere Person, so stand ihm auch gegen die Wittwe die reivindicatio zu, allein während er jener gegenüber nicht nöthig hatte in seiner Klage des Umstandes zu gedenken, daß ihm der Nießbrauch entzogen sei, konnte er es dieser Beklagten gegenüber nicht unterlassen, denn in ihr stand ihm ja gerade die Person gegenüber, welcher der Nießbrauch gehörte. Mochte er denselben anerkennen oder bestreiten — kurz so wie ihm das Mittel, sein Eigenthum ihr gegenüber, so mußte ihr das Mittel gewährt werden, ihren Nießbrauch ihm gegenüber zur Anerkennung zu bringen. Dafür bot sich ein ganz einfaches Mittel dar, nämlich die Form der reivind. mit dem Zusatz deducto usufructu. Diese Formel ist in Anwendung auf die freiwillige Gerichtsbarkeit bezeugt,[89]) und bei der Uebereinstimmung zwischen den Formeln der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, sowie bei der nothwendigen Deckung, die rücksichtlich der Bezeichnung des Umfangs des Rechts bei Gelegenheit der Bestellung und der Geltendmachung desselben stattfinden mußte, würde schon von vornherein die größte Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß die Formel der in jure

---

rorum nomine repetere posse eine Klage mit deductio gemeint ist, wozu Ulp. VI. 4: quintis relictis . . stimmen würde, wird sich schwer entscheiden lassen.

89) Die Formeln der mancipatio und in jure cessio mit deductio werden Vat. fr. §. 50 mitgetheilt. Von ihnen ist namentlich die der in jure cessio als einer nachgebildeten Vindicatio (III. 552) besonders wichtig: ajo hunc fundum meum esse deducto usufructu. Statt „deducto" kommen ähnlich wie bei den nothwendigen Impensen der Dos (Note 67) auch retento (Vat. fr. §. 313) detracto (L. 36 §. 1, L. 54 de usufr. 7. 1, L. 19 de usu leg. 33. 2) vor, bei Gaj. II, 33 beide Ausdrücke: detrahere und deducere neben einander.

Digitized by Google

cessio deducto usufructu sich bei der reivindicatio wiederholt habe. Diese Wahrscheinlichkeit wird fast zur Gewißheit, wenn man einerseits das unleugbare praktische Bedürfniß einer solchen Klagformel und andererseits die beiden oben mitgetheilten Fälle einer persönlichen Klage mit ähnlichem Vorbehalt in Anschlag bringt.[90])

Ob sich mit der Zeit nicht noch andere Fälle einer solchen Klage mit deductio werden entdecken lassen, darüber wäre es voreilig jetzt schon abzusprechen;[91]) uns kann es genügen, daß wir diese Klageform nachgewiesen haben.

2. Substitution der Klagformel.

Wie wir so eben gesehen haben, ward der Kläger in den beiden oben (Note 86) genannten Fällen gezwungen, einen Vorbehalt zu Gunsten des Beklagten in die Klage aufzunehmen. Dieser Zwang kehrt in verstärktem Maße bei der jetzt zu betrachtenden Form wieder, er richtet sich aber nicht dahin, daß der Kläger sich eine Modification der Formel gefallen lasse, sondern daß er die von ihm beabsichtigte Klagformel völlig aufgebe und statt deren eine andere wähle, die dem Beklagten für die Verfolgung des von ihm in Anspruch genommenen Rechts den nöthigen Spielraum verstattet. Die Klage kommt hier der Vertheidigung nicht mehr bloß auf halbem Wege entgegen, sondern sie läßt sich ganz zu ihr hinab.

90) Man wende mir nicht die exceptio rei ususfructus nomine traditae (L. 7 pr. usufr. quemadm. 7. 9) ein, denn diese exc. ist ähnlich wie die exc. rei venditae et traditae auf den Fall zu beziehen, daß das intendirte Recht nicht in solenner Weise bestellt, sondern die Sache nur zu dem Zweck übergeben war („rei ususfructus nomine traditae"), kurz auf den ususfructus traditus, der „ipso jure" nicht als bestehend galt. S. auch L. 16 si serv. (8. 5), welche bei einer bloß gekauften d. h. nicht in Form Rechtens bestellten Prädialservitut ebenfalls die exceptio zuläßt.

91) Gehört nicht L. 2 de R. V. (6. 1) hierher: at „detracto alieno" nihilominus gregem vindicaturus sit? Der Zusatz: in restitutionem non veniunt aliena capita scheint ebenfalls dafür zu sprechen.

Digitized by Google

Dieser Klagezwang ist ein nothwendiges Complement des alten Processes, für den Beklagten ebenso unentbehrlich, wie es für den Kläger in gewissen Fällen (S. 70—73) die Präjudicialklage war;[91a]) beide Einrichtungen geben den Parteien erst das nöthige Maß der freien Bewegung zurück, das ihnen sonst durch die Enge der Proceßformen entzogen sein würde.

Ueberzeugen wir uns davon an dem früher gesetzten Fall eines Rechtsstreits zwischen Eigenthümer und Usufructuar. Angenommen der Eigenthümer hätte einfach gegen letzteren die Vindication angestellt, der Beklagte aber sich auf sein ihm vom Kläger bestrittenes Recht berufen. Wäre hier dem Richter die gewöhnliche Frage im Vindicationsproceß gestellt worden: si paret rem actoris esse, so hätte er den Beklagten mit der Behauptung seines Nießbrauchs gar nicht hören dürfen, denn dieselbe enthielt keine Negation des Eigenthums, selbst nicht eine partielle: „der Nießbrauch — lautet die Regel — ist kein Theil des Eigenthums".[92]) Anderseits aber konnte man doch auch den Einwand des Beklagten nicht in die Formel aufnehmen, denn Eigenthum und Nießbrauch sind ebenso irrationale Größen und folglich in derselben Formel ebenso unverträglich mit einander, wie Eigenthum und Forderung (Note 74). Man half sich hier in der Weise, daß man eine Formel componirte, die gewissermaßen die Mitte zwischen den Rechten beider Parteien hielt, beiden sowohl die Behauptung des eigenen als die Bestreitung des gegnerischen Rechts verstattete.[93]) Es ist dies die act. negatoria. Der Kläger be-

---

91a) Beispiele eines solchen Klagezwanges in den Justinianischen Quellen s. in L. 7 §. 5 Comm. div. (10. 3), L. 1 §. 2 Si pars her. (5. 4), L. 8 §. 7 de hom. lib. (43. 29), und so wird auch L. 4 Uti poss. (43. 17) zu verstehen sein (Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 75 fl.); ein Beispiel aus dem englischen Proceß s. bei Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 339.

92) L. 25 pr. de V. S. (50. 16). Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter, nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.

93) Es ergibt sich daraus, daß es vom Standpunkt des reinen römi-

Digitized by Google

hauptet dem Beklagten gegenüber: jus tibi non esse me invito utendi fruendi; als Negation dieser Behauptung ist damit dem Beklagten die Entgegnung freigestellt: jus mihi esse te invito utendi fruendi.[94]) Der Grundsatz der Negation ist demnach vollkommen aufrecht erhalten, und nur die Anwendung hat etwas Ueberraschendes, weil dadurch die logische Form der Behauptungen beider Parteien sich geradezu umkehrt, dem Beklagten die positive, dem Kläger die negative Form in den Mund gelegt wird. Die Behauptung des klägerischen Eigenthums ist etwas versteckt, sie liegt in dem: me invito,[95]) denn nur der wahre Eigenthümer hat das Recht, dem angeblichen Usufructuar die fernere Benutzung der Sache zu untersagen. Dieser Zusatz war daher höchst wesentlich, denn ohne ihn hätte jeder Nichteigenthümer mit demselben Erfolg wie der Eigenthümer gegen den Usufructuar die act. negatoria erheben, d. h. die Alternative stellen können, entweder sein Recht zu beweisen oder die Aberkennung desselben zu gewärtigen.[96]) Dagegen war er bei der act. confessoria nicht

---

schen Rechts aus nicht richtig ist, wenn man im vermeintlichen Gegensatz zu der durch die reivindic. aufzuhebenden totalen Verletzung des Eigenthums die Voraussetzung der act. neg. in eine partielle Verletzung desselben setzt; wer dem Eigenthümer wegen eines ihm angeblich zustehenden ususfructus die Sache vorenthält, verletzt das Eigenthum gewiß nicht minder total, als jeder andere Besitzer.

94) Wenn der Usufructuar oder allgemein gesprochen der Servitutberechtigte sich zur Klage genöthigt sieht (act. contraria L. 8 pr. si serv. 8. 5 oder confessoria), so dreht sich das Verhältniß zwischen beiden Formeln um, der Kläger bedient sich der positiven, der Beklagte der negativen Fassung. Nur bei den negativen Servituten, die dem Servitutberechtigten das Recht geben, dem Gegner eine bestimmte Art der Benutzung seines Eigenthums, z. B. das Höherbauen zu untersagen, kann der Kläger, statt seine Klage positiv auf sein jus prohibendi zu stellen (act. prohibitoria), sie auch negatorisch fassen; was diese Doppelfassung nothwendig machte, und an welche Voraussetzung sie geknüpft war, ist zur Zeit noch nicht ermittelt.

95) H. Witte in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge. B. 13 S. 386.

96) Der Zusatz ist für den Usufructus bezeugt durch Ulpian in L. 5 pr. si usufr. (7. 6), für andere Servituten durch manche Stellen, z. B. L. 4

Digitized by Google

erforderlich,[97]) denn diese Klage kann nicht bloß gegen den Eigenthümer, sondern gegen jeden angestellt werden.

§. 7, L. 6 pr. si serv. (8. 5), L. 17 Comm. praed. (8. 4), L. 15 de O. N. N. (39. 1). Wenn er anderwärts von den römischen Juristen ausgelassen wird und darnach auch in §. 2 I. de act. (4. 6), so wird wohl Niemand darüber in Zweifel sein können, wo die genauere Fassung zu suchen ist. Theophilus IV, 6 §. 2 ersetzt ihn durch das Pronomen possessivum: aedibus meis, per agrum meum, das er ganz verkehrterweise (s. u.) auch für die act. confess. gebraucht. Die Basiliken (XVI, 6, 5) lassen ihn bei Uebertragung der L. 5 cit. aus, dagegen wird er von Stephanus in dem von Zachariä von Lingenthal (Zeitschr. für gesch. R. W. XII S. 260 flg.) mitgetheilten Scholium sehr betont: „indem der Kläger sich jener Formel bedient, heißt es hier, gibt er sich damit als Eigenthümer zu erkennen". In eigenthümlicher Weise construirt Keller (Röm. Civilproc. §. 15) die Formel der act. negatoria für den Legis-Actionen-Proceß „nego tibi jus esse (eundi) utendi fruendi fundo Corneliano" — ihr zufolge hätte auch der Nichteigenthümer des fundus Corn. die Klage mit Erfolg anstellen können, denn das Erforderniß des Eigenthums ist in dieser Formel ja mit Nichts angedeutet! Den entgegengesetzten Fehler begeht Rudorff (R. Rechts-G. II S. 132) bei seiner Reconstruction der Formel der act. confessoria im L.-A.-Proceß „ajo mihi jus esse utendi fruendi fundo tuo" — diese Klage hätte bloß gegen den Eigenthümer des dienenden Grundstücks gerichtet werden dürfen, und der Kläger hätte das Eigenthum des Beklagten beweisen müssen! —— zwei neue Belege für mein früher (III. 623, Note 861d) ausgesprochenes Urtheil über das Mißliche einer Reconstruction römischer Formeln. Wenn irgend Jemand, so glaubten gerade diese beiden Rechtshistoriker sich darauf zu verstehen, und doch haben sie hier Fehler der allergröbsten Art begangen, vor denen schon das einfachste Nachdenken sie hätte bewahren sollen.

97) Wer die Servitut hat, hat sie gegen Jeden, nicht bloß gegen den Eigenthümer des belasteten Grundstückes, und daraus ergibt sich, daß die Betonung des dem bestimmten Beklagten fehlenden Prohibitionsrechts („te invito") völlig überflüssig ist. Nur in dem Fall, wenn Jemand in confessorischer Fassung die Nichtexistenz einer von dem Beklagten in Anspruch genommenen negativen Servitut, z. B. der servitus altius non tollendi erstreiten wollte (materiell die Negatorienklage auf Freiheit seines Eigenthums diesem bestimmten Beklagten gegenüber), war der Zusatz nicht zu entbehren. Denn angenommen, der Kläger schuldete zwar nicht dem Beklagten, wohl aber einem andern die Servitut, so hätte er durch absolute Behauptung ihrer Nichtexistenz zu viel behauptet, also den Proceß verlieren müssen. Der Zusatz „te invito" gab der Behauptung die erforderliche Relativität L. 4 §. 7 si serv. (8. 5) . . . licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo

Digitized by Google

Das bisher Gesagte litt auf die Prädialservituten keine Anwendung, da sie nicht mit dem Besitz der Sache verbunden sind; ihnen gegenüber war die reivindicatio gar nicht denkbar, der Eigenthümer vielmehr von vornherein auf die act. negatoria angewiesen. Dagegen würden die Innehaber eines Faustpfandes, einer Superficies oder Emphyteusis, wenn schon das ältere Recht diese Verhältnisse als jura in re gekannt hätte, nur in derselben Weise sich auf ihr Recht haben berufen können und folglich auch bei klagweiser Verfolgung dasselbe mittelst einer act. confessoria habe verfolgen müssen, denn beides bedingte sich gegenseitig.[98] Eben daraus, daß dies nicht der Fall, der Einwand hier nicht die Form der Negation, sondern der Exception an sich trägt,[98a] geht hervor, daß diese Rechte spätern Ursprungs sind.

Ein anderes Beispiel des Klagezwangs bietet das Verhältniß des Erben dar, der gegen die Besitzer erbschaftlicher Gegenstände auf Herausgabe derselben dringt. Es stehen ihm zu dem Zweck zwei Mittel zu Gebote: die reivindicatio und hereditatis petitio; aber welches von beiden zu wählen ist, darüber entscheidet nicht sein Wille, sondern die Vertheidigung des Beklagten. Setzt letzterer nämlich der Behauptung des klägerischen Eigenthums die des eigenen Erbrechts entgegen, so wird der Kläger angehalten, seinen Anspruch in Form der hereditatis petitio zu verfolgen,[98b] um dadurch dem Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, seinen

agitur, non serviunt, hoc igitur intendo habere jus altius tollendi invito eo, cum quo ago. Auch wenn der Gegner confessorisch klagen wollte, durfte er nicht fehlen, denn sonst hätte der Beklagte ihn nicht in seine Verneinung aufnehmen dürfen, da Klage und Negation gleichlautend sein mußten. Wo aber diese Relativität bereits im Inhalt der Servitut lag (z. B. zu gehen über dieses Grundstück) bedurfte es dieses Zusatzes weder bei der act. confess. noch bei der negatoria, s. z. B. L. 9 pr. L. 11, 12, 13, 14 §. 1 si serv. (8. 5), jedoch findet er sich auch hier, s. z. B. L. 17 pr. §. 1 ibid.

98) L. 8 §. 5 si serv. (8. 5) verb. ergo per contrarium agi poterit: jus esse.

98a) L. 1 §. 4 de superf. (43. 18).

98b) Dazu dient im Formularproceß die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat. Bülow, Die Lehre von den Proceßeinreden, S. 213.

Digitized by Google

Einwand in die Gestalt einer Negation der Klage zu bringen. In dem entgegengesetzten Fall, wenn der Kläger Erbrecht, der Beklagte Eigenthum beansprucht, muß jener zur reivindicatio greifen.[99]) Um zu constatiren, worauf der Beklagte seine Vertheidigung stützen will, wird er bei Beginn des Processes gefragt, wie er besitze. Antwortet er: „als Erbe" oder verweigert er die Auskunft, oder schützt er einen Eigenthumstitel vor, dessen Unwahrheit oder Nichtigkeit der Kläger sich darzuthun getraut,[100]) so wird die her. pet. gegen ihn angestellt, entgegengesetzten Falls kommt es zur reivindicatio.[101])

Eine besonders interessante Gestalt nimmt das Verhältniß an, wenn Obligation und Erbrecht in Conflict miteinander gerathen. Dies ist der Fall, wenn einer der erbschaftlichen Schuldner der gegen ihn erhobenen persönlichen Klage die Behauptung des eigenen Erbrechts entgegenstellen will. Auch hier muß der Kläger, um ihm dies zu ermöglichen, zur hered. petitio greifen,[102]) und zwar wird der Sache die Wendung gegeben, daß der Beklagte, wenn auch kein Stück, so doch ein Recht (die Forderung) als Erbprätendent in Besitz genommen habe (juris possessor). Wie sehr die Form dieser Klage durch die Rücksicht auf die Vertheidigung des Beklagten bestimmt ist, geht aus den Stellen der Note 102 hervor, denen zufolge der Proceß in dem Fall, wenn der Beklagte, ohne sich selbst ein Erbrecht anzumaßen, bloß das des Klägers bestreitet, nicht in die Form der Erbschaftsklage gewiesen werden soll.

---

99) Hier hat der Kläger einen ungleich schwierigeren Beweis zu führen; zu dem seines Erbrechts gesellt sich nämlich noch der des Eigenthums seines Erblassers hinzu.

100) Dies folgt aus L. 13 §. 1 de her. pet. (5. 3): omnibus titulis hic pro possessore haeret etc. und den beigefügten Beispielen.

101) L. 16 §. 17 ibid.

102) L. 13 §. 15 L. 42 de her. pet. (5. 3), L. 10 i. f. si pars her. (5. 4). Ganz schlagend ist namentlich die zweite Stelle: si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed quod

Digitized by Google

Die bisher entwickelte Idee des Klagzwangs muß gefaßt darauf sein auf Widerspruch zu stoßen, namentlich bei allen denen, welche glauben, der Legis-Actionen-Proceß habe sofort mit dem Aussprechen der Formel der Legis Actio begonnen. Es kann kaum etwas Verkehrteres geben, als eine solche Vorstellung!

In derselben Weise wie im Formularproceß ging auch im Legis-Actionen-Proceß eine längere formlose Verhandlung, worin beide Parteien den Stand der Sache erzählten, der formellen Constituirung und Fixirung der Streitsache in Gestalt der Legis Actio voraus. Für die reivindicatio ergibt sich dies aus dem Formular derselben, in welchem der Kläger rücksichtlich der Causa seines angeblichen Eigenthums auf vorangegangene Aeußerungen Bezug nimmt,[103]) und der Proceß der Virginia gewährt uns dafür ein interessantes Beispiel. Das Erste, womit dieser Proceß beginnt,

---

neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

103) Gaj. IV. 16 .. meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi, ebenso Val. Prob. de notis ant. §. 4. Der Punkt ist bekanntlich außerordentlich bestritten; aus jüngster Zeit nenne ich Karlowa Beiträge zur Gesch. des R. Civilprocesses S. 12—16 („causa" sei auf die in der Vorverhandlung vorangegangene genauere Beschreibung des Gegenstandes zu beziehen) und Bülow a. a. O. S. 202 („sicut dixi" beziehe sich auf die unmittelbar vorher gesprochenen Worte). Das von mir im Text in Bezug genommene Argument, welches der Proceß über die Virginia gewährt, ist bisher noch nicht widerlegt, ja nicht einmal berücksichtigt. Daß dem Aussprechen der Formel der legis act. Verhandlungen vorausgehen mußten, um den unerläßlichen Einfluß, den der Prätor auf die Wahl der richtigen Klage auszuüben hatte, zu ermöglichen, glaube ich im Text nachgewiesen zu haben. Daß diese Verhandlungen einen bestimmenden Einfluß auf den Proceß ausübten, daß also ein Beklagter, der z. B. auf die interrogatio in jure eine bestimmte Antwort ertheilt hatte, sich hinterher nicht damit ausreden konnte: „der Legisactionenproceß beginne erst mit dem Aussprechen der Formel, alles, was vorher gesprochen, sei für nichts zu achten, oder wenn es in Betracht kommen solle, müsse es in die Formel aufgenommen werden" — das, meine ich, sollte man doch nicht erst nöthig haben zu sagen. Mußte etwa auch bei der Aufrufung der Zeugen der Litis contestatio alles, was dieselben bisher gehört hatten, in der Formel des Aufrufs wiederholt werden?

Digitized by Google

ist die Erzählung des Vindicanten, daß und warum die Virginia ihm gehöre,[104]) und erst nach längerer Verhandlung von beiden Seiten[105]) kommt es zur eigentlichen solennen Vindication.[106]) Für die persönliche Klage ist uns zwar ein solcher positiver Anhaltspunkt nicht gegeben, allein es ist kein Grund abzusehen, warum die vorangehende formlose Verhandlung bei ihr leichter hätte entbehrt werden können, als bei der Vindication.[107])

Für den Formularproceß ist die Sache außer Zweifel,[108]) und ich brauche wohl nicht erst auszuführen, daß und warum man von ihm auf die frühere Form des Processes schließen darf.

Eine größere Berechtigung gestehe ich einem andern Einwurf zu,[109]) nämlich, daß die Stellung, die der Prätor im ältern Proceß einnahm (III. 650), zu jenem selbständigen Eingreifen, wie meine Ansicht es ihm zumuthet, durchaus nicht passe. Allein verdient dieses Eingreifen in Wirklichkeit den Namen eines selbständigen, ist dem Belieben und individuellen Ermessen des Prätors hier etwa ein größerer Spielraum geöffnet, als bei irgend einer andern Procedur des Processes? Wenn der Beklagte der reivindicatio den Einwand des Nießbrauchs oder Erbrechts entgegensetzt, so ist

---

104) Liv. III. c. 44.

105) Liv. III. 46.

106) Ein anderer der Ertheilung der Vindicien entnommener Grund wird unten vorkommen.

107) Bedurfte es ja nicht selten erst einer interrogatio in jure, um überhaupt zu bestimmen, ob und welche Klage anzustellen war; s. z. B. arg. L. 23 §. 10 ad leg. Aq. (9. 2).

108) Wenn es dafür einer einzelnen Stelle bedürfte, so diene dazu: Cicero orat. part. c. 28: Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, quum aut sitne actio illi qui agit aut jamne sit aut num jam esse desierit aut illane lege, hisve verbis sit actio quaeritur.

109) Ein scheinbares Quellenzeugniß gegen meine Ansicht könnte man der Stelle von Cicero pro Caec. c. 3 §. 8 entlehnen: praetor is, qui judicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit. Die Aeußerung behält ihren guten Sinn, auch wenn man sich für die Beschränkung erklärt, der dieser Satz von Cicero dem Obigen nach zu unterwerfen ist.

Digitized by Google

es für den Prätor ein ebensolches Muß, daß er statt des Vindicationsprocesses die Negatorienklage oder den Erbschaftsproceß einleitet, als daß er im Vindicationsproceß dem Scheinkampf Einhalt gebietet oder die Vindicien ertheilt, und wenn ich der Sache den Ausdruck gegeben habe: der Kläger werde gezwungen,[110] sich einer andern Klagformel zu bedienen, so ist dieser Zwang wiederum kein anderer, als wenn der Kläger sich im Formularproceß die exceptio gefallen lassen muß. Nur wer noch an dem obigen Irrthum hängt, als sei der Kläger sofort vor dem Prätor mit einer legis actio aufgetreten, die, einmal gesprochen, sich natürlich hinterher nicht mehr ändern ließ, wird meine Ansicht für unmöglich erklären müssen; allein ich meinerseits gebe jenen Vorwurf der Unmöglichkeit zurück und glaube, daß es sich gerade bei der gegenwärtigen Frage so recht schlagend zeigt, wie das ganze alte Processystem nur möglich war, wenn wir annehmen, daß die solenne Fixirung der Klage in Form der legis actio das Resultat vorausgegangener Verhandlungen war, bei denen sich herausgestellt hatte, was streitig und was zugegeben war, und in welcher Richtung sich mithin der Proceß zu bewegen habe.

3. Die Doppelklage.

Diese Klagform bezeichnet in meinen Augen den höchsten Elevationspunkt des alten Processes oder richtiger den Punkt, wo er über sich selbst, über den Grundsatz der einen Frage und der bloßen Negation hinausgeht.

Das neuere Recht nennt uns zwei Klassen von Doppelklagen: die Theilungsklagen und die interd. retinendae possessionis[111]

110) Mit Verwendung desselben Ausdrucks, dessen sich Gajus bei der Klage des Argentarius und Bonorum emptor bedient, Note 86.

111) L. 10 fin. reg. (10. 1), L. 2 §. 1 Comm. div. (10. 3) — L. 37 §. 1 de O. et A. (44. 7), L. 2 pr. de interd (43. 1). Neuerdings ist die systematische Berechtigung dieses Begriffs von Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870 bestritten worden; vom Standpunkt des römischen Processes aus meines Erachtens mit Unrecht. Wenn er die Doppelklage durch Klage und Widerklage

Digitized by Google

und setzt das Eigenthümliche darein, daß jeder von beiden Theilen die Rolle des Klägers und Beklagten in sich vereinige.[112]) Schärfer kann man diese Eigenthümlichkeit so ausdrücken, daß zwei denselben Gegenstand, dasselbe Verhältniß betreffende Processe unter denselben Parteien und mit Kreuzung der Parteistellung zu einem Proceß vereinigt sind, daher judicium duplex oder actio mixta. Jeder von beiden Theilen ist rücksichtlich dessen, was er begehrt, Kläger, rücksichtlich dessen, was von ihm begehrt wird, Beklagter.[113]).

Im ältern Proceß gehörte zur Klasse dieser Klagen auch die Vindication, wenigstens wenn sonst das angegebene Kriterium, daß jeder der streitenden Theile mit einer positiven Behauptung, einem selbständigen Anspruch auftritt, richtig ist. Während nämlich den Regeln des gewöhnlichen Processes gemäß der Beklagte der Behauptung des Klägers: „daß die Sache sein sei", nur die: „daß sie nicht sein sei", hätte entgegenstellen dürfen, lautete bei der alten reivindicatio die Erwiderung positiv: „daß sie dem Beklagten gehöre".[114]) Allerdings lag auch in der letzten Behaup-

---

ersetzen will, so kann man auch die zweiseitigen Obligationen in zwei einseitige auflösen, aber was dabei verloren geht, ist die Einheit beider, die nicht so gleichgültig ist, wie der Verf. anzunehmen scheint.

112) L. 10 cit. I. 44 §. 4 fam. erc. (10. 2) und Gaj. IV. 160. Wenn Gajus sich außerdem noch so ausdrückt: par utriusque litigatoris in his conditio est nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, so ist dies ganz geeignet, den einfachen, klaren Gesichtspunkt zu verwischen und der Ansicht Raum zu geben, als greife der Gegensatz der Parteirollen bei diesen Klagen gar nicht Platz (eine ähnliche Aeußerung von ihm s. in L. 13 de jud. (5. 1), während der Gegensatz umgekehrt verdoppelt ist.

113) L. 15 §. 1 de procur. (3. 3), L. 4 pr. de tut. (26. 1).

114) Gaj. IV. 16. S. auch IV. 148: cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est. Plaut. Rud. IV. 3, 86 Hunc meum esse dico. Trach.: et ego item esse ajo meum. Daran hält auch Cic. pro Murena c. 12 bei seinem Abkürzungsvorschlag der hergebrachten Formel fest, denn er legt dem Beklagten nicht die nackte Negation: tuus non est, sondern den positiven Widerspruch: immo meus est in den Mund. Anders ad famil. VII. 32: „ut sacramento contendas, mea non esse". Die Worte müßten aus dem Munde eines Juristen kommen, um uns glauben zu

Digitized by Google

tung eine Negation des klägerischen Eigenthums, allein eine Bestreitung in positiver Gestalt, eine Behauptung, die nicht schon wie bei den beiden bisher betrachteten Klagformen in der Klage selbst vorgesehen war. Während der Richter bei allen andern Processen (judicia simplicia) nur auf Existenz oder Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs erkennen konnte, ward er durch diese Form der Doppelklage in Stand gesetzt, in derselben Weise auch über den des Beklagten seinen Ausspruch zu thun. Daß damit die Möglichkeit, beide Fragen negativ zu beantworten, abgeschnitten gewesen sei, wäre von vornherein kaum zu glauben, denn unmöglich konnte man dem Richter zumuthen, wenn er sich überzeugte, daß keiner von beiden Eigenthümer war, das Gegentheil zu erklären;[114a]) es wird unten für einen speciellen Anwendungsfall der Vindication die hier in Frage gestellte Möglichkeit der negativen Beantwortung beider Fragen für den Formularproceß aus den Quellen nachgewiesen werden. Nun ist richtig, daß die von Manchen und auch von mir angenommene Urtheilsform des Sacramentsprocesses: sacramentum Titii justum oder injustum videri den directen Ausspruch des Richters, daß keiner von beiden Theilen Eigenthümer sei, ausschloß. Allein wenn man ihm sonst nicht verwehren wollte, seine Ueberzeugung zum Ausdruck zu bringen, so fand sich die Form dafür ganz leicht: der

machen, daß der Uebergang des judicium duplex bei der Vindication in ein simplex nicht erst, was alle innere Wahrscheinlichkeit für sich hat, im Formularproceß, sondern schon im Sacramentsproceß erfolgt sei. — Die altrömische Gestalt des Vindicationsprocesses wiederholt sich übrigens auch in andern Rechten, z. B. im altdeutschen, Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen der sächsischen Rechtsquellen, Königsberg 1869 S. 156, im dänischen (s. Note 129a), im englischen (s. Note 129d).

114a) Dies nimmt Eck a. a. O. S. 16 fl. an. Aber ist es nöthig, daß „mindestens eine Partei zuletzt im redlichen Besitz gewesen sein mußte"? Angenommen, jeder von beiden Theilen beweist, daß der andere die Sache gestohlen hat, soll der Richter hier genöthigt werden positiv zu erkennen, daß der eine von beiden Eigenthümer gewesen sei? Ob er dies mittelbar in der Form thut: sacramentum Titii justum videri, ist gleichgültig, der Sache nach hat er ihn damit als Eigenthümer anerkannt.

Digitized by Google

Richter brauchte nur das sacramentum einer jeden Partei für injustum zu erklären, was ja, da beide als Kläger aufgetreten waren, durchaus keinen Widerspruch in sich schloß; der Staat zog von beiden das sacramentum ein,[114b]) und wer den Besitz hatte, behielt ihn.[115])

114b) Bei einem judic. simplex konnte allerdings stets nur das sacram. des einen Theils verfallen, allein da bei einem judic. duplex die Möglichkeit bestand, daß beide Theile mit ihren Klagen abgewiesen wurden, so war der Staat in seinem Recht, in diesem Fall von beiden das Succumbenzgeld einzuziehen. Varro de L. L. V. 180: qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat steht nicht im Wege, denn bei dem vorausgesetzten Ausgang des Doppelprocesses war Niemand da: qui judicio vicerat, für beide galt der Satz: victi ad aerarium redibat.

115) Die Einwendungen von Eck a. a. O. S. 12 fl. haben mich bestimmt, meine in der ersten Aufl. ausgesprochene Ansicht, der zufolge der Contravindicant bei Mißlingen des beiderseitigen Beweises mit ganz anderm Maße gemessen worden wäre, als der Vindicant, in der obigen Weise zu modificiren. Die volle Consequenz des Doppelprocesses verlangte gleiche Behandlung beider Parteien sowohl was die Beweislast, als die Folgen des mißlungenen Beweises anbetrifft, und Eck hat Recht, wenn er mir den Vorwurf macht, daß ich bei meiner frühern Darstellung dem ursprünglichen Besitzverhältniß der Parteien (das ja möglicherweise völlig unklar sein konnte, und über welches auch die Vindicienertheilung unserer beiderseitigen Ansicht zufolge keine Entscheidung enthielt) einen Einfluß eingeräumt habe, den dasselbe im Formularproceß, wo es durch die possessorischen Interdicte zur rechtlichen Feststellung gelangen konnte, allerdings ausübte, der aber zum Sacramentsproceß nicht paßte. Die Möglichkeit, daß der Besitzer der Sache, um sich der Angriffe des Gegners zu erwehren, die vindicatio anstellte, dem Nichtbesitzer also die Rolle des Contravindicanten zufiel, ist durch den alten Proceß keineswegs ausgeschlossen (für das germanische Recht bezeugt sie Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen S. 157). Die vindic. ersetzte hier die meiner Ansicht nach damals noch fehlenden possessorischen Interdicte, sie vereinigte drei Rechtsmittel des späteren Rechts in sich: die reiv., Publiciana (s. u.) und die possessorischen Interdicte. So wenig aber das ursprüngliche Besitzverhältniß auf die nach der Natur des Doppelprocesses beiden Parteien gleichmäßig obliegende Beweislast influirte, eben so wenig die erst nach Anhängigmachung des Processes erfolgende Vindicienertheilung (s. u.), und die einzige Wirkung, die ich letzterer zuerkennen kann, besteht darin, daß in dem oben vorausgesetzten Fall,

Digitized by Google

Es war eine ganz richtige Erfassung des Verhältnisses, wenn man dem Beklagten, der hier wirklich als Kläger auftrat, bei der solennen Einleitung des Processes auch ganz dieselben Handlungen auferlegte, die der Kläger zu vollziehen hatte. Wie dieser, so hat auch er zu vindiciren (contravindicare),[116] so wird auch er nach der causa seines Eigenthums gefragt, so ruft auch er ihn aufs Grundstück hinaus,[117], so werden beide gleichmäßig vom Prätor zur Ruhe verwiesen, so kann letzterer dem einen oder andern von ihnen die Vindicien geben — kurz dieselbe Duplicität, die in moderner Form im interdictum uti possidetis wiederkehrt, findet sich bereits im ältesten Vindicationsproceß aufs vollständigste durchgeführt.

Was mag nun zu dieser eigenthümlichen Gestaltung des Vindicationsprocesses Veranlassung gegeben haben? Daß es die Rücksicht auf die Vertheidigung des Beklagten gewesen, wird von vornherein vermuthet werden dürfen. Man verstatte mir, zum Zweck der Beantwortung dieser Frage zunächst von dem einfacheren Verhältniß der Vindication von Sachen abzusehen und einen complicirteren Anwendungsfall ins Auge zu fassen.

Im römischen Leben konnten die Fälle nicht selten sein, daß die verschiedenen hausherrlichen Gewalten mit einander in Conflict geriethen, z. B. an demselben Individuum von der einen Seite väterliche oder herrschaftliche Gewalt, von der andern Manus oder Manicipium in Anspruch genommen ward. Da nun wenn nicht alle, so doch die meisten dieser Gewaltverhältnisse durch eine Vindication geltend gemacht werden konnten,[118] die Vindication aber

---

der aber freilich selten genug vorkommen mochte, wenn nämlich beide Parteien sich als völlig unberechtigt erwiesen hatten, derjenige von beiden, der die Vindicien erhalten hatte, die Sache behielt.

116) Gaj. I. 134, II. 24. Bei Schilderung des Herganges selber IV. 16 wiederholt Gajus den Ausdruck nicht, aber die Thätigkeit beider Parteien wird als vindicare bezeichnet: cum uterque vindicasset.

117) Cicero pro Murena c. 12.

118) Für die Sklaverei bedarf es keiner Bemerkung; für das Mancipium folgt es aus der Formel seiner Begründung, da nach Grundsätzen des alten

Digitized by Google

ein judicium duplex war, so wird man zur Annahme berechtigt sein, daß nicht bloß dann, wenn beide Parteien sich ein und dasselbe, sondern auch wenn sie sich ein verschiedenes Gewaltverhältniß anmaßten, z. B. der Kläger, wie im Proceß der Virginia, das vom Gegner als Tochter in Anspruch genommene Mädchen für seine Sklavin ausgab, die beiderseitigen Ansprüche in einem und demselben Proceß zur Verhandlung gelangen konnten. Hätte man hier den Grundsatz: ein Proceß, eine Frage festhalten wollen, so hätte es zweier Processe bedurft, um den Status dieser Person processualisch festzustellen, in dem ersten wäre bloß entschieden, daß sie nicht Sklavin des Einen, in dem zweiten, daß sie Tochter des Andern sei, und zur Ermöglichung dieses zweiten Processes hätte es einer ganz besondern Procedur bedurft, entweder nämlich hätte der Vater einen Kläger aufstellen müssen, welcher die Tochter als die eigene in Anspruch nahm und ihm dadurch Gelegenheit gab, seinerseits in Form der contravindicatio dasselbe Verhältniß für sich in Anspruch zu nehmen, oder er hätte, indem er künstlich für einen Beklagten sorgte, der ihm die Tochter vorenthielt, als Kläger mit jener Behauptung auftreten müssen. Kurzum jeder andere Weg als der von uns angenommene mußte sich als unbrauchbar erweisen.

Haben wir hierin das Richtige getroffen, so ergibt sich daraus, daß die positive Behauptung, die man einer solchen Klage entgegensetzen durfte, eine verschiedenartige sein konnte, so z. B. in dem obigen Fall der Virginia nicht bloß die, welche ihr Verlobter in Wirklichkeit aufstellte: Virginiam liberam esse, sodann auch die, die der Vater, wenn er anwesend gewesen, hätte entgegen-

---

Rechts (III. 628) die Formeln der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts sich decken mußten (vergleiche Gaj. I. 123 iisdem verbis mit I. 119), wenn man sonst an die Correspondenz zwischen den Formeln der Begründung und gerichtlichen Verfolgung des Rechts (III. 628) glaubt; für die väterliche Gewalt s. Gaj. I. 134 vindicat filium suum esse, L. 1 §. 2 de R. V. (6. 1). Für die Manus liegt kein positives Zeugniß vor.

Digitized by Google

ſetzen können: filiam suam esse ex jure Quiritium;[119]) in einem andern Fall hätte der Kläger vielleicht noch die Behauptung gewärtigen müſſen, daß das Mädchen Sklavin des Beklagten ſei oder ſich in ſeinem Mancipium befinde. Im Bisherigen liegt zugleich die Erklärung dafür, warum die Behauptung der Freiheit nicht in die Form eines Präjudiciums gebracht werden konnte, ſondern die Form einer Vindication (asserere in libertatem — vindex libertatis) annehmen mußte, denn nur in dieſer Form trug ſie der Vindication eines angeblichen Sklaven gegenüber die Geſtalt einer contravindicatio an ſich. Der Widerſpruch in Form der bloßen Negation hätte nicht lauten können, daß dies Individuum frei ſei, ſondern nur: daß es nicht Sklave dieſes Klägers ſei.[120])

In ſtrenger Durchführung der Idee eines Doppelproceſſes

---

119) Dieſe doppelte Möglichkeit nahm App. Claudius im Proceß der Virginia zum Vorwand, um im erſten Termin (Liv. III. 45) die vindiciae secundum libertatem zu verweigern. Die Vertheidiger des Mädchens, ſagt er, hätten ſelbſt zugeſtanden, daß es ſich hier um einen Conflict zwiſchen herrſchaftlicher und väterlicher Gewalt handle (Liv. III. c. 45), auf den Fall aber beziehe ſich die Beſtimmung der XII Tafeln nicht, hier habe vielmehr (da der Vater nicht da ſei) der Herr Anſpruch auf die Vindicien. Eben darum ſuchte er das Erſcheinen des Vaters um jeden Preis zu verhindern, und erſt als dieſer wider Erwarten erſchien und damit ſeinen ganzen Plan vereitelte, ließ er ſich zu einem Act offener Ungeſetzlichkeit verleiten. Neben dem für den Vater in Ausſicht genommenen Proceß über die Frage: väterliche Gewalt oder Sklaverei war bereits ein anderer über die Frage: Sklaverei oder Freiheit in der Perſon des Icilius inſtruirt (Liv. III. 46 — ita vindicatur Virginia), aber auf dieſen Proceß war Appius vorbereitet, auf ihn ſeine ganze Ausflucht berechnet. Anders erklärt Puntſchart (Note 102) die Sache.

120) So erklärt ſich auch das „praejudicium" an aliquis libertus sit Gaj. IV. 44. Das Patronat begründete kein jus über die Perſon, mithin keine vindicatio; entgegengeſetzten Falls hätte es zur Beſtreitung desſelben d.r contravindicatio bedurft (wenigſtens wenn das Urtheil zu Gunſten des Beklagten nicht negativ, ſondern poſitiv auf: ingenuum esse hätte lauten ſollen), dann wäre aber, da doch Jemand nicht an ſich ſelbſt die Ingenuität vindiciren konnte, auch ein vindex ingenuitatis nöthig geweſen. — Gegen dieſen und ſonſtige vermeintliche Vindicationsfälle ſ. Eck a. a. O. S. 26, 27, „nur hinſichtlich der Tutel liegt die Annahme nahe, daß zwei angebliche Vor-

Digitized by Google

konnte das Urtheil seiner materiellen Wirkung nach[120a]) dreifach lauten: entweder nämlich dem Antrag des Klägers gemäß (servum esse) oder dem des Beklagten oder seines Vindex gemäß (liberum esse)[121]) oder endlich abweisend für beide Theile, wenn nämlich keiner von ihnen seine Behauptung bewiesen hatte, also z. B. das Individuum, um das der Proceß sich drehte, sich zwar nicht als Sklave des Klägers, aber doch als Sklave erwiesen hatte: hier lautete der Spruch auf: servum Titii non videri.[121a])

---

münder gegen einander mit der Vindicationsformel auftreten konnten: in hoc L. Titio pupillo jus tutelae mihi esse ajo", womit zu vergleichen Theophil. IV. 10 und die Stellen über die in jure cessio der Frauentutel bei Gaj. I. 168 und Ulp. XI. 6—8.

120a) Ueber die Form s. oben S. 93.

121) Anders Rudorff R. R. G. II. 131, der auch hier wiederum gründlich in die Irre geht, indem er bei der petitio in servitutem den Gegensatz der beiderseitigen Behauptungen auf servum esse Titii und non esse stellt; aber der Vindex des Sklaven setzte der Behauptung des Gegners: servum suum esse nicht ein bloßes Leugnen, sondern die positive Behauptung entgegen: liberum esse, s. Plautus Rudens III. 4. 7: Si tuas esse oportet, nive eas oportet esse liberas, I. 4. Cod. de lib. causa (7. 16): liber pronunciatus est, L. 27 ibid.

121a) Dies geht meines Erachtens klar hervor aus L. 27 §. 1 de lib. causa (40. 12), welche die Möglichkeit eines dreifachen Urtheils voraussetzt: servum Titii videri, liberum videri, servum Titii non videri, letzteres für den Fall, daß der Kläger den Proceß fallen läßt. Hier wird ausdrücklich bemerkt, daß der Kläger mit seinem Antrage abgewiesen werden kann (amittit suam causam), ohne daß der Beklagte mit dem seinigen durchdringt (nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere . . . non ingenuus pronunciatur, sed servus non videri). Daß die Stelle von dem spätern praejudicium de libertate spricht (Eck S. 26), ist nicht richtig, der Kläger vindicirt den Sklaven als den seinigen (arg. „servum illius non videri"), und es treten sich ganz wie im alten Vindicationsproceß zwei positive Behauptungen gegenüber (servum meum esse — liberum esse), und jene Stelle lehrt, daß dem Richter nicht bloß die Alternative zustand, die eine oder andere zu bejahen, sondern daß er sich auch rein negativ ausdrücken konnte. Ein zweites Bedenken, das Eck noch hinzufügt, wird er selber wohl nicht ernstlich gemeint haben, es dürfte wenigstens weder ihm selber, noch irgend einem andern Mühe machen, darauf die richtige Antwort zu ertheilen.

Digitized by Google

Das bisher geschilderte Interesse der Möglichkeit einer *selbständigen* Intention d. h. der Contravindication für den Beklagten bei Processen über seinen Status war auch für die Vindication von Sachen und Erbschaften vorhanden. Auch rücksichtlich ihrer war es, wie auf der Hand liegt, für den Beklagten nicht gleichgültig, ob der Richter bloß erkennen durfte, daß der Vindicant *nicht* Eigenthümer oder Erbe sei, oder aber positiv, daß der Beklagte es sei. Man denke z. B. an den Fall, daß zwei Erbprätendenten miteinander im Streit liegen, von denen der eine auf Grund eines Testaments, der andere wegen angeblicher Nichtigkeit des Testaments auf Grund seines Intestaterbrechts den Nachlaß in Anspruch nimmt, jeder aber sich in Besitz von Nachlaßgegenständen gesetzt hat. Soll hier etwa der eine, nachdem er im ersten Proceß als Beklagter die Gültigkeit des Testaments nachgewiesen hat, als Kläger auftreten, um den gelieferten Nachweis noch einmal zu führen?[122])

So alt wie die Begriffe des Miteigenthums und des Miterbrechts sind begreiflicherweise auch die Klagen, mit denen sie geltend gemacht werden, nämlich die Theil-Vindication der Sache und der Erbschaft[123]) und die Theilungsklagen (act. communi dividundo und familiae erciscundae). Es wirft sich nun die Frage auf, ob in derselben Weise wie die vindicatio, so auch die contravindicatio auf einen *Theil* habe gerichtet werden können, nicht zwar auf einen *körperlichen* Theil[124]) — denn bei beweg-

122) Einen Fall der contravindicatio im justinianeischen Recht s. L. 8 §. 13 de inoff. test. (5. 2) . . in modum *contradictionis* querelam inducat, quemadmodum ageret si non possideret, sed peteret. Wie hier die contravindicatio *contradictio*, so wird in L. 27 §. 2 de lib. caus. (40. 12) der Contravindicant Contradictor genannt — das vindicare hatte sich zu einem *dicere* abgeschwächt.

123) Daß das Edict eine neuere Form dafür aufgestellt hat (L. 1 pr. si pars 5. 4), steht dem nicht im Wege.

124) Bei der her. pet. natürlich auch nicht auf *einzelne* Sachen aus dem Nachlaß, das wäre ein Conflict der her. pet. mit der reivind. gewesen. Daß übrigens die contravindic. auch bei ihr stattfand, ergibt sich daraus, daß

Digitized by Google

lichen Sachen hätte die Trennung des Theiles erst durch die act. ad exhibendum vorbereitet werden müssen, bei unbeweglichen Sachen ist der Theil ein besonderes Ganze für sich[125] —, sondern auf einen intellektuellen Theil, auf eine Quote des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechts. Ich finde kein Bedenken diese Frage zu bejahen, das Bedürfniß einer solchen partiellen contravindic. war ganz dasselbe, wie das einer totalen, ja wo möglich noch höher, und da sie juristisch kein Einwand, sondern eine eigene Klage war, so war kein Grund vorhanden, sie anders zu behandeln, als jede andere. Das Interesse derselben liegt auf der Hand. Wenn zwei Personen das Miteigenthum oder Miterbrecht, das jede von ihnen in Anspruch nimmt, sich gegenseitig bestreiten, so hätte es ohne contravindicatio für die Entscheidung dieses Streits im ältern Recht zweier Processe bedurft, denn in jedem hätte der Richter nur über den Antrag des Klägers erkennen dürfen; die contravindicatio machte es möglich, die Anträge beider Parteien zuzulassen. Die Duplicität der Theilungsklagen findet mithin in der der Eigenthums- und Erbschaftsklage ihr Vorbild und Seitenstück, und in dieser Anwendung war sie wiederum völlig unentbehrlich.

Wenn der Kläger seine Klage aufs Ganze gerichtet hatte, so bot die Möglichkeit einer contravind. des Theils für den Beklagten ein ungleich geringeres Interesse, denn um die Abweisung der Klage — und zwar zum ganzen Betrage[126] — zu bewirken, dazu reichte schon der Beweis eines ihm zustehenden Theilrechts aus. Dagegen bezweifle ich nicht, daß der Beklagte auch in diesem Fall mit der contravindic. seines Theils zugelassen wurde, da es doch immer einen Unterschied machte, ob bloß der Kläger ihm gegenüber abgewiesen, oder ob umgekehrt er selber ihm gegenüber

---

sie eine vindicatio war. Gaj. IV. 16, 17. S. auch L. 1 §. 2 si pars (5. 4) . . petere debebunt.

125) L. 6 §. 1 Comm. pr. (8. 4) . . non est pars fundi, sed fundus, L. 25 §. 1 de V. S. (50. 16).

126) Die Folge der plus-petitio, Gaj. IV. 53.

Digitized by Google

als Theilberechtigter anerkannt ward. Umgekehrt muß es auch frei gestanden haben, der vindic. eines Theils die contravindic. des Ganzen gegenüberzustellen.

Daß die contravind. bei der act. confess. und negat. weder nöthig noch möglich war,[127]) wird sich aus dem Bisherigen zur Genüge ergeben. Bei beiden Klagen reichte zur Vertheidigung des Beklagten die Umkehrung der klägerischen Behauptung, also die bloße Negation, vollkommen aus. Nur in einem Fall verhielt es sich anders, nämlich wenn zwei Personen sich über einen Usus-fructus stritten, sei es über den ganzen oder über einen Theil; ob die Römer hier die Austragung des Streits in einem Verfahren, wie es das natürlichste war, zugelassen, und ob sie die positive Behauptung des Beklagten hier contravindicatio oder wie sonst immerhin genannt haben mögen, darüber wage ich eine Ansicht nicht zu äußern.

Möglicherweise hatte die contravind. außer der im Bisherigen nachgewiesenen Bedeutung noch eine andere. Bildete sie nämlich, wie man nach der Darstellung von Gajus annehmen muß, einen unerläßlichen Bestandtheil des Verfahrens, war also der Beklagte stets genöthigt zu contravindiciren, so ergab sich daraus für ihn die Alternative, entweder sich selbst das Eigenthum anzumaßen, beziehungsweise sich durch den angeblichen Eigenthümer, auf dessen Namen er besaß, vertreten zu lassen, oder aber die Sache herauszugeben, und diese Annahme wird durch die Analogie der in jure cessio unterstützt.[128]) Eine befriedigende Erklärung erhält dieser

127) Wenn Rudorff R. R. G. II. S. 131 (und auch jetzt noch Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. I. S. 140) bei ihnen von einer contravindic. spricht, so beruht das auf einem Verkennen des eigenthümlichen Wesens derselben; offenbar meint er, daß der Widerspruch des Beklagten bei in rem actiones schlechthin contravindicatio genannt worden sei, während doch nur die positive Gegenbehauptung, nicht die bloße Negation auf diesen Namen Anspruch hatte. Die Behauptung: jus tibi non esse war eben so gut eine bloße Negation, wie die: me dare non oportere, und eben darum hieß sie ja negatoria, nicht contraconfessoria, wie sie sonst hätte heißen müssen.

128) Gaj. II. 24: praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vin-

Digitized by Google

Contravindicationszwang jedoch erst durch das für beide Theile bestehende Requisit der Angabe der „causa". Bei dem Gewicht, das jedes Wort einer römischen Klagformel hat, und bei dem unverkennbaren Werth, den die causa in den Augen beider Parteien haben mußte, indem sie sogar den Gegenstand einer eigenen Frage von Seiten des Klägers an den Beklagten bildete, kann ich mich nicht entschließen, darin mit so Manchen eine werthlose Ausschmückung der Formel zu erblicken, die überhaupt mit allem, was wir an der Sorgsamkeit und Genauigkeit, mit der die alten Formeln abgefaßt waren, im schreiendsten Widerspruch stehen würde. Ich bin vielmehr der Ansicht, daß die causa hier wie überall beim Eigenthum den Erwerbungsgrund desselben bedeutet. Dafür finde ich eine Unterstützung in dem Bericht von Livius über den Proceß der Virginia (Note 119), in welchem der Kläger in der That die causa seines Eigenthums vor der solennen Vindication ganz speciell anführt, so wie in der noch für das neuere Recht bestehenden Möglichkeit einer vindicatio „expressa oder adjecta causa".[129])

Warum die Angabe der causa, wenn sie einmal nöthig war, nicht in der Formel selbst erfolgte, falls letzteres sonst richtig (Note 103), darüber will ich mich nicht in Vermuthungen ergehen,*) da-

---

dicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit.

129) L. 11 §. 2, L. 14 §. 2 de exc. rei jud. (44. 2). Die L. 1 §. 3 de R. V. (6. 1), wie immerhin sie auch zu verstehen sein mag, kann jenen klaren Stellen nichts von ihrer Beweiskraft entziehen.

*) Ich bin inzwischen zu einer bestimmten Ansicht gelangt, die ich bereits mit wenigen Worten in einer Abhandlung in meinen Jahrbüchern B. 23 S. 204 Anm. angedeutet habe und an anderer Stelle weiter auszuführen gedenke. Der Vindication vor Gericht ging voraus ein solenner außergerichtlicher Akt der Selbsthülfe, bei dem der Vindicant seinen Eigenthumsanspruch unter Angabe des Grundes in Gegenwart von Zeugen, die denselben bekundeten, verlautbarte. Darauf bezieht sich das: secum suam causam, sicut dixi. Erkannte der Besitzer auf Grund dieser Aussagen das Recht des Vindicanten an, so kam es zu keinem weitern Verfahren, der Vindicant nahm die Sache mit oder das Grundstück in Besitz. Nur wenn jener Widerstand entgegensetzte, kam es zu einem Proceß, und

Digitized by Google

gegen mögen mir einige Worte vergönnt sein über die Gründe, die eine solche Gestaltung der Klage motiviren konnten.[129a])

Nichts hinderte den Beklagten, der sich selbst nicht für den Eigenthümer hielt, sich dennoch für einen solchen auszugeben und einen erdichteten Erwerbungsgrund vorzuschützen. Allein zunächst war doch das Mittel der Lüge kein solches, zu dem ein Jeder sich verstand; die Lage des Beklagten war also von vornherein schon eine ungünstigere, als im späteren Proceß, wo er einfach mit Nichtwissen oder Leugnen auskommen konnte. Sodann aber fiel sicherlich schon bei der Vindicienertheilung der verschiedene Charakter der beiderseitigen Aussagen schwer ins Gewicht. Der Lügner wird auch in Rom regelmäßig von einem Unbekannten, Durchreisenden u. s. w. gekauft haben,[129b]) der ehrliche Mann gab seinen Autor mit Namen an und brachte ihn gleich mit, oder er erschien mit seinen Nachbarn, die den Sklaven, Ochsen u. s. w. als den

---

dann verfügten sich beide Parteien sammt ihren Zeugen sofort vor Gericht, in beiden Fällen derselbe Hergang, wie bei dem solennen Act der außergerichtlichen Selbsthülfe im Obligationenrecht: der manus injectio. Den Gegenstand der richterlichen Untersuchung bildete in beiden Processen (und ebenso auch bei der legis actio per pignoris capionem) formell nicht das Dasein des behaupteten Rechts, sondern die Legalität des Actes der Selbsthülfe beziehungsweise des ihr entgegengesetzten Widerstandes, das Sacrament ward von beiden Parteien darauf gestellt: quando tu injuria vindicaveris d. h. nicht: wenn Du hier vor Gericht injuria vindices, sondern: wenn Du außergerichtlich injuria vindicaveris. Das ganze Verfahren drehte sich um die Berechtigung des außergerichtlichen Actes. Wie der Gläubiger bei der manus injectio seinen Anspruch bei diesem Act zu verlautbaren hatte, so auch der Vindicant; darauf nimmt das sicut dixi Bezug.

129a) Dieselbe wiederholt sich auch in andern Rechten, z. B. im dänischen. Klagt der Kläger mit Angabe einer bestimmten causa, so ist auch der Beklagte verpflichtet, die causa für sein angebliches Eigenthum namhaft zu machen, Friedlieb, Abh. aus dem Schleswig'schen Recht, Kiel 1864 S. 20 Note 2. Uebrigens führt die Consequenz der Doppelvindication im Grunde von selbst dahin, denn wie kann der Beklagte sein Eigenthum anders beweisen, als durch Angabe einer causa?

129b) Ueber den Werth solcher Angaben s. L. 5 Cod. de furt. (6. 2) ... rei exhibeas venditorem. Nam a transeunte et ignoto te emisse dicere non convenit volenti evitare alienam boni viri suspicionem.

Digitized by Google

seinigen sofort recognoscirten. Schreckte dann trotzdem der Beklagte vor dem Proceß nicht zurück, so kam es zur solennen Einleitung desselben, und der Prätor wußte, wem er die Vindicien zu ertheilen hatte.[129c]) Eben so wog aber auch der römische judex,

---

129c) Die gangbare Ansicht, die auch Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. I S. 144, 182 noch festgehalten hat, daß der Prätor stets dem Besitzer die Vindicien ertheilt, und daß der Besitz zugleich die Beweislast bestimmt habe, halte ich für einen Grundirrthum, von dem sich bisher auf Grundlage der Darstellung im Text nur Eck a. a. O. S. 11 frei gemacht hat. Er beruht auf der völlig unberechtigten Uebertragung dessen, was für das spätere judic. simplex galt, auf das völlig anders gestaltete jud. duplex der alten Zeit. In jenem war Einer Kläger, Einer Beklagter, die Entscheidung über die Parteirollen gab der Besitz, der, wenn er zweifelhaft war, durch das int. retin. poss. festgestellt wird. In diesem dagegen waren Beide Kläger, Beide traten mit einer selbständigen Behauptung auf, und die selbstverständliche Folge davon war, daß sie dieselbe zu begründen hatten. Was sollte die dem Contravindikanten durch den alten Proceß zur Pflicht gemachte Behauptung des eigenen Eigenthums, wenn er sich später einfach auf Leugnung des gegnerischen hätte beschränken können? Die Contravindikation wäre ein völlig zweckloser Act gewesen, die bloße Negation hätte ausgereicht. Sie hatte aber ihren guten Sinn, sie gab in Verbindung mit dem Erforderniß der causa dem Richter das Mittel an die Hand, der Wahrheit auf den Grund zu kommen (S. 105). Bei dieser Gestalt der Sache war der Besitzstand völlig gleichgültig, und eben darum konnte man auch, von einigen durch das Gesetz bestimmten Fällen abgesehen, die Ertheilung der Vindicien ganz dem Ermessen des Prätors überlassen, wie letzteres durch Gaj. IV. 16 für Jeden, der ihn ohne die Brille des Vorurtheils liest, klar bezeugt wird: interim aliquem (also nicht schlechthin den bisherigen Besitzer) possessorem constituebat eumque jubebat praedes adversario (nicht actori) dare litis et vindiciarum. Diese ihm verstattete Freiheit ermöglichte es dem Prätor dabei nicht bloß auf den Besitz zu sehen und folgeweise bei Zweifelhaftigkeit desselben erst eine Untersuchung darüber anzustellen, sondern nach Maßgabe des Prima-facie-Beweises, der Verdächtigkeit oder Glaubwürdigkeit der Parteien und der mit erschienenen Autoren sowie der Solvenz der offerirten praedes die Vindicien zu vertheilen, kurz in derselben freien, sicherlich nicht zu mißbilligenden Weise zu verfahren, wie sie uns die L. 3 §. 4 de lib. exh. (43. 30) in so anschaulicher Weise vorführt. Welche Gefahr hätte jene Befugniß des Prätors in sich geschlossen, wenn die Vindicien den nunmehrigen Besitzer vom Beweise befreit hätten, damit wäre ja in vielen Fällen das Schicksal des Gegners schon völlig besiegelt gewesen. Nur in dem einen, gewiß höchst seltenen Fall, wenn der Proceß für beide

Digitized by Google

der bekanntlich an eine ſtrenge Beweistheorie nicht gebunden war, ſicherlich das Maß der Glaubwürdigkeit beider causae gegeneinander ab, die beiderſeitigen Autoren wurden vorgeführt und befragt, wie ſie zur Sache gekommen waren — ein Verfahren, bei dem man regelmäßig dem wahren Sachverhalt d. h. demjenigen, der die Sache geſtohlen hatte, auf die Spur kam. War es dem Kläger gelungen, den Beklagten in ſeinem eigenen Lügengewebe zu verſtricken, ſo mochte ſchon, um in der Sprache des heutigen Proceſſes zu reden, ein halber Beweis ſeiner eigenen causa die Wirkung eines ganzen ausüben, und der Nachweis, daß Er gekauft, während der Beklagte oder ſeine Autoren ſich über die Sache nicht ausweiſen konnten, dem Richter über das Bedenken hinweghelfen, ob denn auch der Autor des Klägers und deſſen Autoren wirkliches Eigenthum gehabt hätten.[129d]) Mit andern Worten alſo: die reivind. wird ſchon im ältern Proceß nicht ſelten die Wirkung der Publiciana act. gehabt haben. Um ſie zu haben, um das relative Verhältniß beider Parteien zur Sache zu conſtatiren, mußten aber beide ihre causae angeben. Als die Publiciana actio eingeführt ward, und der Gedanke der Relativität im Eigenthumsrecht damit eine mehr geſicherte und geregelte

---

Theile abweiſend endete (Note 115), verſchafften die Vindicien dem, der ſie erhalten hatte, den Vortheil, daß er die Sache behielt.

129d) So z. B. Sueton Galba c. 7. Cum de proprietate jumenti quaereretur levibus utrimque argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, womit zu vergleichen Gell. XIV. 2, 26. Auch im engliſchen Proceß lautete nach Gneiſt Selfgovernment S. 80 die den Geſchwornen vorgelegte Frage nicht darauf, ob Kläger Eigenthum habe, ſondern: utrum A vel B majus jus habeat in terra illa. Aus der im Text entwickelten Geſtalt der Sache ergibt ſich die wichtige Rolle, welche in allen Rechten, in denen ſie ſich wiederholt, den beiderſeitigen Autoren zufällt. Beiſpielsweiſe nenne ich das altruſſiſche Recht, ſ. die krit. Zeitſchr. für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung des Auslandes XII S. 73: „Man fragte den unrechtmäßigen Beſitzer, wo er die Sache her habe, d. h. wer ſein Bürge ſei. Dieſe alte reiv. des ruſſiſchen Rechts heißt ... Reinigung; ſie führte immer auf den Dieb hinaus.“ Derſelbe Gedanke bei Plaut. Curc. IV. 2, 12. Nec vobis auctor ullus est nec vosmet estis ulli d. h. die Sache iſt geſtohlen.

Digitized by Google

Form der Verwirklichung erhielt, als das subjective Gefühl des Richters sie ihm gewährte, fiel der eine Grund hinweg, der die Angabe der causa nöthig machte, mit dem Abkommen der Vindicien der zweite, und so mag es seine Erklärung finden, daß der neuere Proceß jenen Gedanken des ältern Rechts völlig aufgab.[130]) Die Nothwendigkeit der contravindicatio würde fortan keinen Sinn mehr gehabt haben; ohne causa war sie werthlos.[130a])

Wie man aber auch über diesen Versuch, ihre Nothwendigkeit innerlich zu erklären, denken möge, für unsern gegenwärtigen Zweck reicht vollkommen ihre Möglichkeit aus, und nach dieser Seite hin dürfen wir nicht anstehen, sie als ein unentbehrliches Complement des altrömischen Processes, als eine Einrichtung zu bezeichnen, welche gerade dadurch, daß sie sich von dem Grundsatz der einen Frage lossagte, beweist, wie auch hier wiederum die alten Juristen die Interessen des Lebens höher achteten, als eine auf Kosten derselben erkaufte ungesunde Consequenz. Aber die Art, wie sie es thaten, wie sie auch hier trotz der gebotenen Abweichung von jenem Grundsatz die Einheit des Processes zu retten verstanden und dem Richter es ermöglichten, mit einem Spruch den Proceß zu entscheiden, ist wiederum ein sprechendes Zeugniß der Geschicklichkeit, mit der sie die Proceßformen zu handhaben verstanden.

Fassen wir das Gesammtresultat unserer ganzen bisherigen Untersuchung über die Möglichkeit eines Conflicts der Rechte beider Parteien in demselben Proceß in wenig Worte zusammen, so

---

130) Der Besitzer ist nicht mehr gezwungen, seinen Titel anzugeben L. 12 Cod. Theod. de fide test. (11. 39) (womit jedoch zu vergleichen L. 1 ibid.) oder den Theil, zu dem er besitzt L. 73 pr. de reiv. (6. 1).

130a) Daß aber der Beklagte auch im heutigen Proceß, wenn er will, anstatt sich auf einfaches Leugnen zu beschränken, die Behauptung seines eigenen Eigenthums entgegengesetzen (contravindiciren), und durch einen darauf gerichteten Antrag den Richter zum Ausspruch darüber veranlassen kann, ist freilich unbestreitbar, und ältere Schriftsteller (z. B. Berger Oecon. jur. II, §. 34 nota 11) unterließen nicht dies hervorzuheben, während dies heutzutage gewöhnlich unterbleibt.

Digitized by Google

glaube ich als solches den oben (S. 63) versprochenen Nachweis bezeichnen zu dürfen, daß das Negationssystem auch in dieser Richtung den Vergleich mit dem Exceptionssystem nicht zu scheuen hat. Was demselben an Elasticität und Weite abging, ersetzten die alten Juristen durch Geschicklichkeit. Die Proben, die wir dafür beigebracht haben — und wie wenige mögen es sein im Vergleich zu denen, die uns vorenthalten sind — werden das Urtheil rechtfertigen, daß die alten Juristen den Proceß vollkommen beherrschten, d. h. daß die Proceßformen für sie kein Hinderniß bildeten, Zwecke, die sie einmal processualisch erreichen wollten, auch wirklich zu erreichen, und daß mithin der Grund, warum so manche Befreiungsgründe des Beklagten die Form der exceptio an sich tragen, d. i. erst der späteren Zeit ihre Einführung verdanken, nicht darin gefunden werden darf, daß die ältere Zeit sie nicht hätte zulassen können, sondern darin, daß sie dieselben nicht zulassen wollte. Wenn der Prätor für sie eine ganz neue Form, die der exceptio wählte, so geschah es nicht, weil die alte nicht mehr ausgereicht, und die neuere einen höhern Grad der Brauchbarkeit besessen hätte, sondern weil er sich für den Zweck der Vertheidigung eben so wenig ihrer bedienen durfte, wie für den Zweck der Klage der civilrechtlichen Form derselben; die Befreiung „ipso jure" und die actio in jus concepta waren, wie ihr Name angibt, specifisch civilrechtliche Begriffe.

Nur in einer Beziehung scheint die neuere Form die ältere überholt zu haben. Die Wirkung der Negation ist stets eine absolute, d. h. sie negirt das Dasein des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechts schlechthin, gleichgültig welcher Art dies Recht ist, ob relativer oder absoluter. Die exc. aber kann die Wirksamkeit des Rechts nicht bloß absolut, sondern auch relativ d. h. bloß dem Beklagten gegenüber bestreiten, und zwar selbst bei der Obligation, wovon die Einreden des Correalschuldners aus einem absolut (in rem) oder relativ (in personam) gefaßten formlosen Nachlaßvertrag ein Beispiel gewähren. Die exceptio schließt mithin die Möglichkeit in sich, daß in einem und demselben

Digitized by Google

Proceß der absolute und relative Gesichtspunkt sich kreuzen, daß z. B. der Käufer, der aus irgend welchen Gründen durch die Tradition nicht Eigenthümer der Sache geworden ist, der an sich gegen ihn zuständigen Vindication des Verkäufers gegenüber zwar das Eigenthum zugibt, aber der Consequenz desselben rücksichtlich seiner durch Berufung auf den Kaufcontract ausweicht. In Form der Negation wäre dies nicht möglich gewesen, denn das Eigenthum läßt sich nicht relativ negiren, der Käufer konnte mithin im alten Proceß, wenn der Verkäufer selber sich anschickte, ihm die Sache zu evinciren, der Klage nicht durch Berufung auf die Obligation ausweichen, denn letztere läßt das Eigenthum unangetastet, sondern er mußte die Sache herausgeben, konnte dann aber den Verkäufer mit der act. autoritatis auf das Doppelte belangen.

Allein daß auch hier wiederum das ältere Recht nicht wegen der Unbeholfenheit der processualischen Form eine Vertheidigung ausschloß, die es im übrigen für zulässig gehalten hätte, geht daraus hervor, daß es bei der Berufung des Beklagten auf einen ihm zustehenden Nießbrauch, die ja in der That ebenfalls nur ein relatives Hinderniß geltend macht, welches lediglich in der Person dieses Beklagten besteht, die dafür erforderliche Form sehr wohl zu finden wußte. Der Grund, warum es in andern Fällen dies nicht that, kann also nur darin gefunden werden, daß es jene Kreuzung absoluter und relativer Elemente in einem Proceß im allgemeinen für bedenklich hielt; wir werden später (§ 55) Gelegenheit erhalten, dies des Näheren nachzuweisen.

Schließlich möge noch das Gesammtergebniß unserer Detailuntersuchungen tabellarisch veranschaulicht werden (S. 109).

2. Vertheidigung in Form der Klage.

Stellen wir zunächst den Begriff derselben fest.

Von einer Vertheidigung in Form der Klage kann nur da geredet werden, wo der ganze Zweck der Klage gleich dem der restitutio in integrum aufgeht in der Beseitigung des gegnerischen

Digitized by Google

Conflict von Rechtsansprüchen beider Parteien.

Angebliches Recht des Klägers.	Angebliches Recht des Beklagten.	Klage.	Mittel der Vertheidigung.
Besitz	Eigenthum	interdict. de precario	Negation d. Klaggrundes . S. 67.
Eigenthum	Eigenthum, Miteigenthum	reivindicatio	contravindicatio . . . S. 92, 99.
	Servitut	Reivind. mit deductio actio negatoria	Formelzwang . . . . . S. 84.
	Forderung (Quarta Falcidia; Peculiarforderung)	Partis vindicatio	Strafe der plus-petitio . . S. 73.
	Erbrecht	Hereditatis petitio	Formelzwang . . . . . S. 87.
Erbrecht	Erbrecht, Miterbrecht	Hered. pet.	contravindic. . . . . S. 99.
	Eigenthum	Reivind.	contrav. Formelzwang . . S. 87.
Forderung	Gegenforderung: Dos, Quarta Falcidia	act. rei ux., act. ex test. (auf Ueberschuß)	Strafe der plus-petitio . . S. 69. . . . . . S. 73.
	Gegenforderung: Argentarius, Bon. emtor	agere cum compensatione agere cum deductione	Formelzwang . . . . . S. 80.
	Gegenforderung: Dominus	act. de peculio	Stellung d. Condemnat. auf d. Betrag d. pecul. . . S. 74.
Väterliche Gewalt	Väterliche Gewalt Herrschaftliche Gewalt Mancipium		
Herrschaftliche Gewalt	Herrschaftliche Gewalt Väterliche Gewalt Mancipium Freiheit	Vindicatio	contravindicatio . . . . S. 95.

Digitized by Google

Anspruchs, die zweite Klage, so zu sagen, bloß die Form ist, in der das Recht den Erfolg der ersten ganz oder zum Theil, absolut oder relativ zurücknimmt. Zu diesen Klagen zählen z. B. die Condictionen wegen mangelnden Grundes, die act. quod met. causa und andere. Dagegen gehören hierher gar nicht alle Klagen aus zweiseitigen Geschäften, durch welche jeder Theil den ihm zustehenden Anspruch verfolgt, wie z. B. der Käufer den auf die Sache, der Verkäufer den auf den Kaufpreis, denn jeder dieser Ansprüche ist seiner selbst wegen da, nicht um den gegnerischen zu vernichten, beide können daher gleichzeitig erhoben werden, und der Umstand, daß sie der Klage des Gegners gegenüber auch in Form der Einrede (durch Retention) geltend gemacht werden können, enthält für sie nichts Charakteristisches. Der Gegensatz beider Fälle läßt sich auch so ausdrücken: Dort haben wir eine Klage mit defensivem, hier eine Einrede mit offensivem Zweck, jene soll eine Einrede nachholen, diese eine Klage anticipiren.

Von jenen Klagen mit ausschließlich defensivem Zweck kennt das römische Recht zwei Klassen: die eine eine Schöpfung des älteren und nicht in das neuere übergegangen, die andere, wenn vielleicht auch in einzelnen Anwendungsfällen bereits dem früheren bekannt, doch erst im neuern völlig entwickelt. Eben aus diesem Grunde hat letztere für uns hier nur einen untergeordneten Werth, und nur im Interesse der schärferen Abgrenzung beider Klassen wollen wir später auf sie einen Blick werfen, während die erstere den eigentlichen Gegenstand unserer Aufgabe bildet.

Als man im Lauf der Jahrhunderte in Rom sich genöthigt sah, die Autonomie der Privaten, wie sie in den XII Tafeln anerkannt war und bis dahin unangetastet bestanden hatte, in manchen Fällen zu beschränken, z. B. dem Testator ein Maß vorzuschreiben, über das hinaus er keine Legate anordnen dürfe, oder gewisse Contracte zu untersagen, schlug man dabei in echt römischer Weise nicht den Weg ein, der uns heutzutage, ich will nicht sagen: als der natürliche, sondern als der einzig denkbare erscheint, nämlich den des gesetzlichen Verbots bei Strafe der Nichtigkeit (lex

Digitized by Google

perfecta), ſondern man bediente ſich eines Umwegs, indem man das Geſchäft in ſeiner abſtracten juriſtiſchen Gültigkeit unangetaſtet ließ, aber denjenigen, der dasſelbe zu verwirklichen verſuchte, beſtrafte (lex minus quam perfecta)[131]. Dieſen Weg verfolgte man mit einer ſolchen Conſequenz, daß der Prätor ohne Anſtand aus dem Geſchäft eine Klage gewährte, den Richter mithin anwies, den Beklagten zu verurtheilen. Allein der Sieg kam dem Kläger theuer zu ſtehen, denn was er erhalten, mußte er dem Beklagten vierfach zurückgeben! Die Klage, die hier dem Beklagten gegeben ward, iſt diejenige, welche wir im Folgenden zu unterſuchen haben.

Die regelmäßige Form derſelben ſcheint die der legis actio durch manus injectio geweſen zu ſein.[132] Daß ſie auf die Strafe des Vierfachen ging, wird für die lex Furia testamentaria und die lex Marcia de usuris ausdrücklich bezeugt,[133] und prägt ſich, wie unten gezeigt werden wird, auch in dem „quadruplator“ aus. Als Handlung, worauf die Strafe geſetzt war, wird bald das „exigere“ bald das „capere“ bezeichnet;[134] dürfte man

131) Ulp. fr. Prooem. §. 2. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit, qualis est Furia testamentaria, quae plus quam mille asses legati nomine mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit. Ein bereits früher erwähntes Beiſpiel (lex Licinia) ſ. II 152, eine ſpäter folgendes §. 55 Note 306, 307. Außerdem kommen noch in den Juſtinianiſchen Quellen manche andere vor z. B. L. 3 de litig. (44. 6), L. 11 pr. de divort. (24. 2).

132) Als ſolche wird ſie wenigſtens bei Plautus Persa I. 2, 18: ubi quadruplator (ſ. u.) quoipiam injexit manum vorausgeſetzt. Gaj. IV. 22, 33 erwähnt drei Fälle, den der lex Furia testamentaria, der lex Furia de sponsu und der lex Marcia.

133) Erſteres durch Ulp. fragm. Prooem. §. 2, letzteres durch Cato de re rust. Prooem. . , foeneratorem quadrupli. Pseudo-Ascon. (Orelli p. 110) in Verbindung mit Gaj. IV. 23 adversus foeneratores. Pseudo-Asconius fügt noch den Fall des Spielverluſtes (alea) hinzu.

134) Gaj. II. 225 capere . . IV. 22 . . exegisset 23 . . exegissent . . cepisset. Ulp. a. a. O. capere.

Digitized by Google

auch den ersten Ausdruck zur Noth ausschließlich auf das gerichtliche Beitreiben beziehen, so läßt doch der letztere Ausdruck dies nicht zu und beweist, daß im Sinne des Gesetzes auch die bloße Annahme des Geschuldeten als Gesetzübertretung gelten sollte — eine Bestimmung, der wir unten versuchen werden den Schein des Unwahrscheinlichen und Widersinnigen zu nehmen.

Die Bestimmung der Klage liegt auf der Hand. Sie soll indirect dasselbe bewirken, was die exceptio directa bewirkt: dem Gläubiger die Ausübung seines Rechts unmöglich, die Klage zu einem Noli me tangere machen, und man wird zugestehen müssen, daß das Mittel zu dem Zwecke gut gewählt war — nur ein Thor hätte das Einfache begehren können, wo er das Vierfache zurückzahlen mußte — und es begreift sich vollkommen, daß man bei ungenauer Redeweise sich so ausdrücken konnte, als habe das Gesetz, wodurch der Anspruch begründet ward, das Geschäft selbst verboten, während das Verbot in Wirklichkeit sich nur auf die Realisirung desselben bezog.

Der fortgeschrittenen und in conservativer Beziehung minder empfindlich gewordenen Anschauungsweise der spätern Zeit widerstrebte die Absonderlichkeit der Form;[135] an die Stelle des indirecten Zwanges trat wie in so manchen Fällen der directe durch Exception.

Ihrer juristischen Natur nach wird unsere Klage zu den Strafklagen zu stellen sein, und zwar möchte ich ihr zur Unterscheidung von andern den Zusatz einer processualischen geben. Ihr Zweck ist nämlich ein rein processualischer, ein reiner Exceptionszweck: Verhinderung der Ausübung eines Klagrechts. Das Delict, das sie strafen soll, läßt sich nach Analogie der Nicht-

135) Dieselbe wiederholt sich übrigens in der Geschichte gar nicht selten, so z. B. auch im römischen Staatsrecht (Sulla legte in dieser Weise das Interessionsrecht der Tribunen lahm) und im kanonischen Recht. Wer eidlich Zinsen versprochen, wird vom geistlichen Gericht gezwungen, sie zu entrichten, aber hinterher wird der Empfänger gezwungen, sie zurückzugeben. c. 6 X. de jurej. (2. 24) — eine lex minus quam perfecta des kanonischen Rechts.

Digitized by Google

achtung einer exceptio[137]) als *processualischer dolus* bezeichnen, denn *dolus, fraus* ist es, eine Klage anzustellen, die das Gesetz mißbilligt.[138])

In gewissen Verhältnissen nahm die Klage eine ganz eigenthümliche Gestalt an. Die Erwägung nämlich, daß der Schuldner möglicherweise aus Scheu vor der Rache des Gläubigers Anstand nehmen mochte, sich ihrer zu bedienen, veranlaßte den Gesetzgeber, ihre abschreckende Wirkung für den Gläubiger dadurch zu erhöhen, daß er sie für den Fall, wenn der zunächst Berechtigte keinen Gebrauch von ihr machen wollte, jedem, der Lust hatte, verhieß, m. a. W. daß er sie zu einer *Popularklage* erhob.[139]) Jetzt erst war der Zweck des Gesetzes vollständig erreicht. Was half es dem Gläubiger, wenn auch die Abhängigkeit, in die er den Schuldner zu versetzen gewußt hatte, ihn gegen *seine* Klage sicherstellte? Jeder andere konnte ihm das Loos bereiten, welches das Gesetz

---

137) L. 2 §. 5 de dol. exc. (44. 4) *dolo* facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit, L. 8 pr. ib.: dolo facit, qui petit quod redditurus est.

138) Eine indirecte Andeutung in der lex Falcidia (in unverkennbarem Hinblick auf die lex Furia): eam pecuniam sine *fraude sua* capere liceto, L. 1 pr. ad leg. Falc. (35. 2). *Rudorff* benutzt zur Erklärung der Strafe des Vierfachen den Gesichtspunkt des Diebstahls, so nämlich für die lex Marcia (s. u.) Röm. R. G. I. S. 46 Note 7 und für die lex Furia testamentaria S. 56 („als einen offenbaren Diebstahl an der *Familie*"—?—)! Als ob furtum manifestum offenbarer Diebstahl gewesen wäre! Es war der, bei dem der Bestohlene den Dieb abfaßte. Darum fiel der Raub nicht unter den Gesichtspunkt des furtum manifestum, sondern des nec manifestum, was sich daraus ergibt, daß die vom Prätor eingeführte poena tripli eine Steigerung des früheren Strafsatzes enthalten sollte, während sie sonst eine Minderung desselben enthalten hätte.

139) Das prätorische Edict nahm diesen uralten Gedanken (die Art, wie Gajus L. 3 de litig. [44. 6] sich ausdrückt, läßt schließen, daß schon die XII Tafeln sich des Mittels bedient hatten) für einige Fälle auf, so z. B. für die act. sepulcri violati, welche zunächst dem Betheiligten und nach ihm Jedem, der Lust hat, versprochen wird L. 3 pr. §. 12 de sep. viol. (47. 12), ebenso L. 5 §. 5 de his qui effud. (9. 3), und selbst Justinian kommt auf denselben bei dem Spielverbot zurück, L. 1 Cod. de aleat. (3. 43).

Digitized by Google

ihm zugedacht hatte; es war eine Prämie darauf gesetzt, ihn zur Verantwortung zu ziehen. Damit war also der Schuldner gewissermaßen unter öffentlichen Schutz gestellt — in der That ein eben so ingeniöses, als wirksames Mittel, den Druck, den der Gläubiger auf ihn ausübte, zu paralysiren. Daß das Motiv, welches regelmäßig zur Anstellung einer solchen Klage bestimmte, nicht auf jenen Zweck gerichtet war,[140] daß der Kläger sehr häufig, weit entfernt bei Anstellung der Klage das Interesse des Schuldners zu verfolgen, sich lediglich durch die Aussicht auf den von der öffentlichen Moral für nichts weniger als ehrenhaft bezeichneten eigenen Erwerb leiten ließ, that der Wirksamkeit des Mittels nicht den mindesten Abbruch. Gerade im Gegentheil der Umstand, daß das Gesetz das Motiv so niedrig gegriffen, daß es nicht, wie in so manchen andern ähnlichen Fällen, z. B. der postulatio suspecti tutoris an ein sittliches Motiv, an das Gefühl der Theilnahme für einen Hülflosen, sondern an die schnödeste Art der Erwerbsucht appellirt hatte, gerade dieser Umstand sicherte der Einrichtung den gewünschten Erfolg, denn es rief in ihrem Dienste die ganze Betriebsamkeit, Rührigkeit, Rücksichtslosigkeit wach, über die der Eigennutz gebietet, wenn er das Gefühl der Scham verloren hat. Wer sich einmal zu dem verachteten Gewerbe eines Quadruplator[141] herabgelassen hatte, mußte, um Stoff zu

140) Plautus erkennt denselben in der Note 132 citirten Stelle ausdrücklich an: nam publicae rei causa quicunque id facit magis, quam sui quaesti . . . eum civem et fidelem esse et bonum.

141) Der Quadruplator bemächtigt sich eines fremden Processes (Liv. III. 72 . . interceptor litis alienae): er hat seinen Namen von der poena quadrupli, die das Gesetz für manche Fälle verhängt hat (Festus sub Quadruplatores . . ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio); es sind dies also Fälle, wo zunächst der Betheiligte eine Klage hatte, z. B. auf Rückgabe gezahlter ungesetzlicher Zinsen. (Pseudo-Ascon [Orelli 110] . . pecuniae gravioribus usuris feneratae, auf Rückgabe deutet auch Seneca de benef. VII. 25: beneficiorum suorum quadruplatores). Von der Quarta pars bei crimina publica (Tac. Ann. IV. 20, Pseudo-Ascon. a. a. O.) kann der Name quadruplatores nicht herstammen; daß er aber auch hier in Uebung war, ist bekannt. Ebenso wird

Digitized by Google

haben, durch Ausspähen und Nachspüren sich ihn selber suchen, mußte, um mit Erfolg Denunciant zu sein, Spion sein, und in der That ward das Gewerbe mit einer Energie betrieben, daß die Gesetzgebung sich genöthigt sah, gegen das Uebel, das sie selbst mit jener Einrichtung ins Leben gerufen hatte, in anderer Weise Abhülfe zu gewähren und durch Androhung schwerer Strafen [142]) dafür Sorge zu tragen, daß die Gier der Quadruplatoren sich nicht unterschiedslos gegen Schuldige und Unschuldige kehrte.

Das im Bisherigen entworfene Bild unserer Strafklage beruht auf einer Zusammensetzung einzelner Züge, welche die Quellen uns bei Gelegenheit der verschiedenen Fälle aufbewahrt haben, bei dem einen diesen, bei dem andern jenen; die Mittheilung dieser einzelnen Fälle wird uns Gelegenheit geben, die obige Darstellung quellenmäßig zu begründen.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

Die lex Furia testamentaria.[143]) Das Einzige, was für diesen Fall noch Hervorhebung verdient, ist die Frage: was konnte den Gesetzgeber, wenn er einmal für die Legate oder sonstige mortis causa capiones ein Maß von 1000 As festsetzen wollte, veranlassen, nicht bloß die gerichtliche Beitreibung, sondern sogar die Annahme, das „capere“ [144]) des Hinterlassenen zu untersagen? Genügte es nicht vollkommen, ihm die Klage zu entziehen? Die Frage muß verneint werden. Mit der Klage würde das Gesetz bloß den rechtlichen Zwang zur Auszahlung der Legate beseitigt haben, nicht den moralischen und socialen, den die Achtung vor dem Willen des Testators und die Rücksichten auf die Legatare und das Urtheil der Welt dem Erben auferlegte.

er in den Fällen gebraucht worden sein, wo die act. popularis nicht auf ein quadruplum, sondern auf eine bestimmte Summe gerichtet war, so z. B. L. 3 §. 12, cf. L. 3 pr. de sep. viol. (47. 12).

142) Rudorff R. R. G. II. S. 457 flg.

143) Die Stellen sind bereits im Bisherigen mitgetheilt.

144) Daß dies der Ausdruck des Gesetzes war, dafür sprechen nicht bloß die directen Zeugnisse von Gajus und Ulpian, sondern auch das indirecte der lex Falcidia (Note 138).

Digitized by Google

Wollte es dieſe Einflüſſe paralyſiren, ſo blieb nichts übrig, als dem Honorirten die Annahme des Legats bei Strafe zu unterſagen.[145]) Ein Seitenſtück aus unſern Tagen wird dies erläutern. Neuere Geſetzgebungen haben mit Recht den Satz des kanoniſchen Rechts, daß der promiſſoriſche Eid den Rechtsgeſchäften, denen er hinzugefügt werde, eine rechtliche Erzwingbarkeit verleihe, aufgehoben. Allein damit iſt die gefährliche Tauglichkeit dieſes Mittels für Geſchäfte, die das Geſetz verhindern will, z. B. das Nehmen wucheriſcher Zinſen, nur um ein Geringes abgeſchwächt, denn der gewiſſenhafte Menſch erfüllt auch den rechtlich unverbindlichen Eid. Wie dem begegnen? Die Antwort ertheilen diejenigen neueren Geſetzgebungen, welche dem Gläubiger bei Strafe verbieten, ſich einen Eid ſchwören zu laſſen.

Ob die lex Furia die Klage aufs Vierfache auch als Popularklage gegeben habe, muß dahingeſtellt bleiben, es läßt ſich aber nicht verkennen, daß ſie erſt dadurch ihren Zweck vollſtändig erreicht haben würde.

2. Die lex Furia de sponsu (Gaj. IV. 22) gebietet dem Gläubiger, der mehrere Bürgen[146]) angenommen hat, die Klage

145) Beſonders nöthig war dies für eine Form der letztwilligen Zuwendung, das ſ. g. conditionis implendae causa datum („wenn A dem B 10 000 As gibt, ſoll er mein Erbe ſein"). Hier hatte der Honorirte weder eine Klage, noch bedurfte er derſelben, denn der dem Erben auferlegte indirecte Zwang genügte vollkommen. Wollte er hier nicht dem Geſetz verfallen, ſo mußte er das Anerbieten der Zahlung der ganzen Summe (zu dem der Erbe, um die Bedingung zu erfüllen, genöthigt war) zurückweiſen und ſich mit 1000 As begnügen; die Bedingung galt dann trotzdem als erfüllt, II. Note 235.

146) In Form der sponsio oder fidepromissio Gaj. III. 121. Für fidejussores galt weder dieſe, noch die bei Gajus erwähnte zweite Beſtimmung der lex Furia. Wenn man nicht annehmen will, daß das Geſetz ſelbſt eine Hinterthür offen gelaſſen, um ſeinen ganzen Zweck zu vereiteln, ſo wird man zu der Vermuthung genöthigt, daß dieſe jüngſte Form der Verbürgung damals noch nicht exiſtirte, und daß vielleicht gerade die lex Furia ſie ins Leben gerufen hat. Auf demſelben Wege, auf dem man im Verkehr den unbequemen Rechtsſätzen über Legate durch die fidei-commissa entging, mochte man es denen der lex Furia gegenüber durch die fide-jussio zu thun verſuchen, nämlich

Digitized by Google

zwischen ihnen zu theilen, und gibt im Uebertretungsfall dem Bürgen, der mehr als seinen Theil hat zahlen müssen, eine manus injectio auf Rückforderung des Ueberschusses; ob aufs Vierfache, hat Gajus, dem wir allein die Kunde dieses Gesetzes verdanken, nicht bemerkt, woraus aber ein Schluß auf das Gegentheil umsoweniger berechtigt ist, als Gajus auch bei dem vorhergehenden Gesetz, bei dem doch die Strafe des Vierfachen anderweit bezeugt ist, dieselbe nicht erwähnt.

Daß beide Gesetze verschiedene gewesen seien, wie man gewöhnlich annimmt,[147] ist nirgends gesagt, und die Bezeichnung als lex Furia „de sponsu" und „testamentaria" gewährt dafür keinen Beweis, da die römischen Juristen bekanntlich sehr oft verschiedene Kapitel eines und desselben Gesetzes als verschiedene leges bezeichnen.[148] Nichts steht im Wege, das letztere Verhältniß auch hier anzunehmen, und dies vorausgesetzt, würde das ganze Gesetz in ein unerwartetes Licht treten. Der Zweck desselben würde dann in der quantitativen Herabsetzung gewisser Ansprüche bestanden haben: desjenigen aus einem Vermächtniß auf 1000 As, desjenigen aus einer Gesammt-Bürgschaft auf den Viriltheil[149] — beides in der damaligen Form statt durch exceptio durch Widerklage.[150] Vielleicht schlossen sich dem noch einige andere uns nicht überlieferte Fälle an.

---

auf dem einer rein auf das Gewissen, die Ehrbarkeit (die fides) gestellten Erwartung. So wie jene Form später klagbar ward, so auch diese, und so wie auf jene die Bestimmungen der Legate ausgedehnt wurden, so auf diese durch die epistola Divi Hadriani das benefic. divisionis; ob auch die andere Bestimmung der lex Furia (jedenfalls erst nach Gajus), hängt davon ab, ob L. 25 de stip. serv. (45. 3) . . ex quo tempus cedat interpolirt ist.

147) So z. B. Rudorff R. R. G. I. S. 51, 57, welcher ohne ausreichenden Grund das eine Gesetz dem fünften, das andere dem sechsten Jahrhundert zuweist.

148) Und zwar bekanntlich auch bei Gesetzen aus älterer Zeit, z. B. der lex Licinia Sextia.

149) So würde es sich vielleicht auch erklären, wie man dazu kam, in beiden Fällen den Zusatz pro judicato zu machen, ungeachtet das Gesetz nur bei Gelegenheit des einen dazu Anlaß gab, Gaj. IV. 23.

Digitized by Google

3. Das Gesetz über verbotene Glücksspiele, über welches wir nichts weiter wissen, als daß es die Strafe des Vierfachen festsetzte.[151])

4. Die lex Marcia de usuris reddendis. Wenn Gajus[152]) bei der Erwähnung dieses Gesetzes von Zinsen schlechthin, nicht von ungesetzlichen Zinsen spricht, so läßt sich dies aufrecht erhalten durch Bezugnahme auf die lex Genucia, welche bekanntlich das Zinsennehmen gänzlich verboten hatte. In welcher Weise sie es gethan haben mag, läßt sich nach unsern bisherigen Ausführungen errathen: sie that es in der Form ihrer Zeit: in der einer lex minus quam perfecta, in dem sie auf die Uebertretung die Strafe des Vierfachen setzte. Ob sie aber das Nehmen oder bloß das Einklagen der Zinsen verbot, darüber wird sich wohl nichts Sicheres ermitteln lassen, und nicht minder wird das Verhältniß der lex Marcia zur lex Genucia nur Gegenstand von Muthmaßungen sein können. Möglich, daß jenes Gesetz bloß die Form der Rückforderungsklage betraf und an Stelle der bisherigen, durch die lex Genucia gewährten Klage die manus injectio setzte; möglich, daß es auch materiell eine Aenderung traf und dem Verbot des Einklagens das des Nehmens substituirte. Kurzum es ist außer Zweifel, daß die älteste Form der Repression des Zinswuchers in der Klage aufs Vierfache bestand, und daß letztere auch als Popularklage gegeben ward.

Eine interessante Bestätigung des Gesagten hat uns Appian[153]) in seiner Erzählung der Ermordung des Prätor Asellio aufbewahrt. Zur Zeit der Bürgerkriege sahen sich manche Schuldner

150) Im neuern Recht tritt an die Stelle dieser Form: beim Legat das ipso jure minui der lex Falcidia (Note 66), bei der fidejussio die exceptio divisionis (Note 146).

151) Pseudo-Ascon. (Orelli p. 110), bei Plautus Miles glor. II, 2, 9 als lex talaria erwähnt. Justinian (Note 139) hat bloß die act. popularis aufs Einfache beibehalten. In diesem und dem folgenden Fall findet sich die Popularklage auch im englischen Recht, Bruns Zeitschr. für R. G. III. S. 114.

152) Gaj. IV, 23; die übrigen Stellen s. Note 133.

153) App. de bello civili I. c. 54.

Digitized by Google

außer Stand, die Zinsen zu zahlen, und einige von ihnen flüchteten sich hinter das Verbot der lex Genucia, welches, obschon gewohnheitsrechtlich längst außer Anwendung gekommen, doch gesetzlich nie aufgehoben war, und drohten ihren Gläubigern mit der Strafe des Gesetzes. Dadurch nicht abgeschreckt erhoben letztere Klage, und der Prätor, nachdem er vergeblich einen Güteversuch gemacht hatte, bestellte ihnen Richter „wechselsweis" (κατ' ἀλλήλων), d. h. er neutralisirte die den Gläubigern zugestandene Klage auf die Zinsen nach Art der geistlichen Gerichtshöfe des Mittelalters (Note 135) durch die den Schuldnern eingeräumte im Gesetz verheißene manus injectio (pura) aufs Vierfache.[153a]) Es ergibt sich also daraus, daß die letztere Klage nicht an die Voraussetzung einer erfolgreichen Einklagung der Forderung, d. h. der in Folge der Verurtheilung geleisteten Zahlung, sondern an die Erhebung der Klage geknüpft war, daß also das bloße Klagen im Sinne des Gesetzes als „exigere" galt. Beide Processe liefen demnach parallel, sie wurden gleichzeitig instruirt, und, angenommen daß für beide derselbe Richter bestellt worden war, auch gleichzeitig entschieden[154]) — ein Umstand, der die von mir behauptete Exceptionsbestimmung unserer Strafklage in ein helles Licht setzt.

5. Die lex Plaetoria über den Schutz der Minderjährigen. Den materiellen Inhalt des Gesetzes genau zu bestimmen ist hier nicht unsere Aufgabe,[155]) uns interessirt nur

---

153a) Vielleicht dürfte der Grund der Erbitterung der Gläubiger darin gelegen haben, daß der Prätor beide Gesetze in der Weise combinirte, daß er, während die lex Genucia bloß einfach das Zinsennehmen ohne weitere Strafandrohung verboten hatte, die in der lex Marcia auf den Wucher im Sinn dieses Gesetzes gesetzte Strafe des Vierfachen auf jenes Gesetz hinüberzog — ein Verfahren, das allerdings ein völlig ungerechtfertigtes war.

154) So denkt offenbar auch Plautus Persa I. 2, 18 sich die Sache bei dem Gesetzvorschlag, den er den Saturio machen läßt: Ubi quadruplator quoipiam injexit manum, tantidem ille illi rursus injiciat manum, ut aequa parti (pacti?) prodeant ad trisviros (ed. Ritschl).

155) Ich lasse es also dahin gestellt, ob das Gesetz einzelne Geschäfte (das

Digitized by Google

die Form, in der es seinen Zweck zu erreichen suchte. Dieselbe ist bei ihm weniger erkennbar, als bei den vorhergehenden Gesetzen (wovon der Grund in der jüngern Form, durch die später der Prätor den Zweck des Gesetzes auf directem Wege zu realisiren suchte: der restit. in integrum gelegen sein mag), allein durch Combination verschiedener einzelner Spuren kann man sie dennoch, wie ich glaube, bis zu einem gewissen Grade der Wahrscheinlichkeit reconstruiren.

Wer Minderjährige bei Abschluß von Contracten übervortheilt hat, den trifft außer der an die Verurtheilung sich reihenden Infamie ein Vermögensnachtheil, welcher mit der Klage aus dem Gesetz (judicium legis Plaetoriae) verfolgt wird, und der schwerlich bloß in der Restitution des einfachen Betrages bestanden haben wird.[156]) Die Klage wird zunächst dem Minderjährigen selbst gewährt und zwar noch ein Jahr lang nach erreichter Volljährigkeit,[157]) sodann aber auch jedem, der Lust hat;[158]) ob erst dann, wenn sie für den Minderjährigen verjährt ist, oder, wie in den Fällen der Note 139, schon vorher, wenn der Minderjährige sich ihrer nicht bedienen will, muß dahin gestellt bleiben. Wenn

„credere" bei Pseudol. I. 3. 70, das „stipulari" bei Priscian. Gr. Inst. VIII. 49, XVIII. 21) oder schlechthin die Uebervortheilung der Minderjährigen beim Contrahiren verboten hatte.

156) Plautus (vorige Note): credere metuunt omnes.

157) Das „tempus legitimum" der L. 19 de minor. (4. 4); der Ausdruck weist, wie die aetas „legitima", auf die Bestimmung einer lex hin.

158) Ich schließe dies aus Cic. de nat. deor. III. 30 judicium publicum rei privatae lege Plaetoria. Daß unter diesem Ausdruck kein Criminalverfahren zu verstehen ist, darüber sollte der lex Julia munic. (tab. Heracl.) gegenüber, welche in c. 8 dieses judicium an das über die Injurien und den Dolus anreiht und erst später die Condemnation in einem judicium publicum erwähnt, ein Zweifel nicht möglich sein, und es ist Savigny, Zeitschr. für gesch. R. W. B. 10. S. 243 leichter gefallen, ihn zu erheben, als zu begründen. Daß aber der Ausdruck actio publica auch für eine act. popularis vorkommt, zeigen L. 30 §. 3 de jurej. (12. 2), cf. L. 1 de popul. act. (47. 23) und die Stellen der folgenden Note. — Die Vermuthung im Text ist seiner Zeit gleichzeitig mit mir auch von Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 94 ausgesprochen worden.

Digitized by Google

irgendwo, so war gerade bei diesem Verhältniß die Schärfung der Klage durch Erhebung derselben zu einer Popularklage ganz am Platz, die Schutzklage der Minderjährigen gegen betrügerische Contrahenten ward damit nur derselben Auszeichnung theilhaftig, deren die zum Schutz der Unmündigen gegen ungetreue Vormünder eingeführte postulatio suspecti tutoris von jeher genoß[159]) — beide Klassen von Personen waren unter öffentlichen Schutz gestellt.

Auf diese Klage beschränkte sich meiner Ansicht nach der Schutz des plätorischen Rechts, und er reichte auch hier, wie in allen oben angeführten Fällen, vollkommen aus, eine rein defensive Hülfe (durch Nichtigkeit oder Einrede) überflüssig zu machen. Erst als mit dem Formularproceß die Exceptionen aufkamen, und die Anschauung sich Bahn brach, daß man dem, der eine Klage habe, um so mehr eine Exception geben müsse (Note 39), mochte man davon auch bei der lex Plaetoria Anwendung machen und dem Minderjährigen eine Einrede gewähren. Nach Ansicht mancher Juristen[160]) reicht aber diese Einrede bereits in die Zeit des Legis-Actionen-Processes zurück: der Minderjährige hätte also durch Berufung auf das Gesetz die Klage vereiteln können. Als Form für diesen Einwand hat man sich, da das Zeugniß von Gajus (IV. 108) die eigentliche exceptio für das ältere Verfahren ausschließt, die einer „proceßhindernden Sponsion" gedacht. Es wäre, meint man, über die Frage, ob eine Uebertretung des Gesetzes vorliege, eine Präjudicialsponsion (II. 86) abgeschlossen, sodann

159) L. 1 §. 6 de susp. tut. (26. 10), § 3 I. de susp. tut. (1. 26) . . quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere.

160) Die Idee ist zuerst von Savigny Zeitschr. für gesch. R. W. B. 10 S. 248 ausgesprochen und hat sodann nur zu bereitwillige Aufnahme gefunden, s. z. B. auch bei Keller Röm. Civilpr. §. 36, Rudorff R. R. G. II. S. 94, und Bethmann-Hollweg Röm. Civilpr. I. S. 125. Als Vertheidiger derselben gegen den zuerst von mir gegen sie erhobenen Widerspruch, dem sich jetzt Demelius, Münch. Krit. Vierteljahrsch. VIII. S. 500 angeschlossen hat, ist inzwischen aufgetreten C. Sell de exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit. Bonnae 1867 p. 34 seq.

Digitized by Google

darüber ein Richter bestellt und im Fall der Bejahung der Frage die Klage gegen den Minderjährigen versagt worden. Wenn ich diese Ansicht einer genauern Prüfung unterziehe, so geschieht es weniger dieses einzelnen Falles wegen, als weil man die Behauptung aufgestellt hat, daß der ältere Proceß sich überhaupt dieses Mittels bedient habe, um das Exceptionsbedürfniß zu befriedigen.

Meiner Ansicht nach ist diese ganze Idee völlig unhaltbar.[160a]) Als einziger Anhaltspunkt muß ihr eine Stelle von Plautus dienen, in der ein Minderjähriger in Hinblick auf die lex Plaetoria die Erfüllung eines von ihm abgelegten Versprechens verweigert und sich erbietet, das Dasein der Voraussetzungen jenes Gesetzes (dolose Uebervortheilung eines Minderjährigen) vor einem Richter zu beweisen.[161]) Damit soll nun ein Präjudicialverfahren über die exceptio legis Plaetoriae gemeint sein. Aber warum nicht die actio legis Plaetoriae? Letztere ist uns historisch bezeugt, von jenem Präjudicialverfahren wissen wir nichts. Man wende nicht ein: der Schuldner hatte noch nicht gezahlt, denn in dem obigen Fall des Prätor Aselio war dies ebenfalls nicht geschehen, und so gut wie im letzten Fall konnte auch in unserem der Prätor gleichzeitig beiden Theilen einen Richter bestellen, ja nach der Art, wie einige Stellen (Note 155) sich ausdrücken, sollte man glauben, daß die Klage sofort nach Abschluß des betrügerischen Geschäfts,

---

160a) Ich glaube dieses Urtheil jetzt besser begründen zu können, als in der ersten Auflage, wo ich auszuführen versuchte, daß die Worte der folgenden Note aus dem Grunde nicht als Inhalt einer sponsio genommen werden könnten, weil eine sponsio nicht wie hier (ni-ni) zweigliedrig hätte gefaßt werden können, und weil es statt ni der Partikel si bedurft hätte. Ersteres ist zwar richtig, allein offenbar ist hier der der lex Plaetoria entnommene Einwand nur zweigliedrig ausgedrückt, nicht aber zweigliedrig oder alternativ gedacht, wie Sell richtig einwendet, und das Bedenken in Bezug auf ni ziehe ich ebenfalls auf seine Ausführungen hin zurück. Damit bin ich aber in der Anerkennung seines Verdienstes auch am Ende, denn im übrigen dürfte die Frage durch seine Arbeit nicht im Mindesten gefördert worden sein.

161) Plautus Rudens V. 3, 24, 25: cedo quicum habeam judicem „ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos".

Digitized by Google

also ganz unabhängig von dessen Realisirung, möglich gewesen sei. So aufgefaßt, würden also die Worte bei Plautus bedeuten: bestehst Du auf Deiner Forderung, so stelle ich die act. legis Plaetoriae an. Aber mit der Klagerhebung vor Gericht sowohl von der einen als der andern Seite hatte es im obigen Fall gute Weile! Denn nicht bloß daß der Gläubiger hier aus dem Grunde keine Klage erheben konnte, weil er Sklave war, und sein Herr sich noch gar nicht zu erkennen gegeben hatte, so war auch der Anspruch selber gar nicht geeignet, Gegenstand einer Klage zu werden. Denn es handelte sich hier gar nicht um ein civilrechtlich bindendes Versprechen, sondern um die eidliche, also rechtlich unverbindliche Zusicherung eines Finderlohnes.[162] Und um diesen Nicht-anspruch abzuwehren, soll der Prätor einen judex ernennen, der präjudiciell über die except. legis Plaetoriae erkennt! Und zwischen welchen Parteien? Nicht zwischen dem Minderjährigen und seinem Gegner oder dessen Herrn, sondern zwischen ihm und „dem ersten besten" (cedo quicum d. i. siste mihi aliquem, quocum habeam judicem).[163] Wer kann nach alle dem noch daran zweifeln, daß wir es hier nicht mit der proponirten Einleitung eines Processes,

---

162) Es ist unbegreiflich, wie Sell dies zu leugnen wagt. Hätte ihn der Ausdruck: dolo instipulatus sis, irre führen können, so mußte ihn der Vorgang selber, der ja bei Plautus (V. 2, 46 fl.) vor unsern Augen spielt, eines Bessern belehren. Hier wird nur ein Eid geschworen, von Stipulation ist keine Rede, und der Promittent tröstet sich gerade damit, daß ein Eid keine Obligation erzeuge. Auch in den Verhandlungen zwischen beiden Parteien (in Scene 5) ist von Anfang bis zu Ende nur vom Eide die Rede, und eben auf die unverbindliche Kraft desselben stützt hier der Promittent seine Weigerung (v. 17, 21), und der Herr befiehlt schließlich dem Sklaven (v. 58) „gratiam jurisjurandi facere". Darauf hatte ich schon in der ersten Auflage aufmerksam gemacht; welche Ausgabe von Plautus hatte Sell, wenn er dies nicht hat finden können?

163) Daß dies in Form einer sponsio praejudicialis geschehen solle, ist, wie Demelius a. a. O. mit Recht bemerkt, gar nicht gesagt, vielmehr wird hier das Thema, ganz so wie bei Plaut. Rud. III, 4, 7 und Gaj. III. 123 (folgende Note) direct, bezeichnet; wo sonst eine sponsio in Aussicht genommen wird, „provociren" sich die Parteien zu derselben.

Digitized by Google

sondern mit einem jener Vorschläge zu thun haben, wie sie im römischen Leben so häufig waren, nämlich dem der Einholung schiedsrichterlicher Entscheidung (daher mit „dem ersten besten") über irgend einen Punkt, von dem nach Ansicht der Parteien der Anspruch selber abhing.

Doch es sei: es handelt sich hier um ein Präjudicialverfahren über die exceptio legis Plaetoriae. Von wem ist dasselbe eingeführt: von der lex selber oder vom Prätor? Die erstere Annahme hat an sich nichts Widerstrebendes, denn aus Gajus (III. 123) wissen wir, daß man in einem andern Fall in der That diesen Weg eingeschlagen hatte.[163a]) Aber hätte die lex Plaetoria sich dieser Form bedient, so hätte die Wirkung des Präjudiciums hier ganz dieselbe sein müssen, wie in jenem Fall, nämlich die einer Befreiung ipso jure. Unter dieser Voraussetzung aber konnte selbstverständlich der Einwand aus dem plätorischen Gesetz in späterer Zeit nicht, wie es doch geschehen ist,[163b]) statt der civilen die prätorische Form einer exceptio annehmen. So bleibt als Urheber unserer präjudiciellen except. nur der Prätor übrig und als Zeit ihrer Einführung die Zeit des Plautus, das will sagen: dieselbe Zeit, in der das Gesetz selber erlassen worden ist.[163c]) Nun wird man zugestehen, daß das Gesetz, wenn es diesen Weg, dem Minderjährigen zu helfen, für den angemessenen erachtet hätte, es eben so leicht gehabt hätte, ihn zu wählen als den einer Strafklage aufs Vierfache; ganz dasselbe, was das Gesetz in Anmerkung 163[a] für die Bürgschaft, konnte die lex Plaetoria für

163a) Permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praejudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit, et si judicatum fuerit, praedictum non esse, liberantur.

163b) L. 7 §. 1 de exc. (44. 1) exceptio ... pro minore viginti-quinque annis circumscripto.

163c) Die Vertheidiger jener Ansicht selber sind darüber einig, daß das Gesetz „von Plautus im Pseudolus I, 3, 69 als ein neues Gesetz behandelt wird" Rudorff R. R. G. I. S. 97. Puchta Cursus der Justit. §. 299, Note f.

Digitized by Google

den Minderjährigen thun. Und nachdem nun das Gesetz mit gutem Bedacht sich für den einen Weg entschieden hatte, hätte kurz darauf ein Prätor auf die Idee kommen sollen, das Gesetz in einem so wesentlichen Punkt umzugestalten? Und wozu das? Reichte die Klage aufs Vierfache nicht aus? Im Gegentheil, sie war wirksamer, als die exceptio, jene Neuerung des Prätors hätte also keine Verbesserung, sondern eine Abschwächung des Gesetzes bewirkt. Und das zu derselben Zeit, wo das Gesetz eben ins Leben getreten war, und wo der Legisactionenproceß in voller Blüthe stand? Nahm der Prätor an der Strafklage Anstoß? Noch ein Jahrhundert später gab der Prätor Asellio in dem entsprechenden Fall der lex Marcia die alte Klage aufs Vierfache; warum gab nicht auch er lieber die präjudicielle exceptio? Und die folgenden Prätoren hätten diesen wunderlichen Einfall billigen, und die Neuerung hätte sich in so kurzer Zeit einbürgern sollen, daß unser Schuldner bei Plautus die Präjudicialeinrede aus dem plätorischen Gesetz als etwas ganz Bekanntes in Bezug nehmen konnte? Dies ist historisch völlig undenkbar! Jene ganze Idee ist nichts als ein handgreiflicher Anachronismus, sie verlegt ins sechste Jahrhundert, was ins achte oder in ein noch späteres gehört.

Mit den bisher erörterten Fällen ist meines Wissens das Material, das die Quellen uns für unsere processualische Strafklage darbieten, erschöpft,[164]) und ich will den Eindruck desselben durch leere Vermuthungen über andere mögliche Fälle und Fragen, für deren Beantwortung es an positiven Anhaltspunkten fehlt, nicht

164) Nicht hierher gehören 1) die bei Plaut. Truc. IV. 2, 47—49 erwähnte act. popularis mit manus injectio aufs Vierfache gegen eine Buhlerin, „quae adversum legem (nach Festus: muneralis, von Plautus an einer andern Stelle „lex lenonia“ genannt) (accepit) a plurimis pecuniam“, 2) die nach Dio Cassius 54, 18 durch August eingeführte Klage aufs Vierfache gegen Redner, welche mit Uebertretung der lex Cincia Geschenke angenommen hatten, 3) die im Edict (L. 1 pr. de calumn. 3. 6) gewährte act. aufs Vierfache wegen calumnia. Denn alle diese Klagen hatten nicht den Zweck, indirect die Ausübung eines an sich zuständigen Forderungsrechts zu verhindern, sondern ein turpiter acceptum zu bestrafen.

Digitized by Google

abschwächen. So möge denn auch die Frage nur angereiht, nicht beantwortet werden, ob nicht die eventuelle Strafe des Vierfachen bei der prätorischen actio quod metus causa mit der Idee des älteren Rechts zusammenhängt, daß der Strafe des Vierfachen verfällt, wer einen an sich bestehenden, aber von der fortgeschrittenen Rechtsansicht gemißbilligten Anspruch geltend zu machen sucht, weil er sich damit zu letzterer in Widerspruch setzt (Note 138).

Die zweite der oben (S. 110) genannten beiden Klassen von Defensionsklagen soll, wie bereits bemerkt, hier nur so weit erörtert werden, um sie von der so eben betrachteten zu unterscheiden.

Ihre Aehnlichkeit liegt in dem angegebenen Moment des Defensionszweckes, ihre Verschiedenheit darin, einmal daß dieser Zweck nicht ihre ausschließliche Bestimmung bildet, ihr Gebiet und ihre Function sich vielmehr ungleich weiter erstreckt, und sodann daß sie auch in jener Richtung die exceptio nicht in der Weise ersetzt und überflüssig macht, wie dies die Strafklage thut. Dem Kläger, der sich der Rücksicht auf sie entschlägt, droht keine Strafe, die einzige Folge, die ihn trifft, ist die Verpflichtung zur Zurückgabe — eine Folge, derentwegen er nicht vor Anstellung der Klage zurückzuschrecken braucht, um so weniger, da es immer noch fraglich bleibt, ob der verurtheilte Beklagte sich der Klage wirklich bedienen wird.

In allen den Fällen, in denen sie stattfindet, gibt das neuere Recht dem Beklagten eine exceptio (Note 39), die Klage ist daher in dieser Richtung, d. h. als Surrogat für die exceptio überflüssig geworden. Ein Gleiches aber läßt sich für das ältere Recht, insoweit es diese Klage kannte, nicht behaupten, und wenn man sonst nicht von der Voraussetzung ausgeht, die ich nicht theilen kann, daß alle jene Klagen (z. B. auch die Condictionen) erst der späteren Zeit des Formularprocesses angehören, so gelangt man zu dem Schluß, daß der ältere Proceß, solange er noch an dem Grundsatz: ein Proceß, eine Frage festhielt und die Exceptionen ausschloß, denselben Zweck, für den das neuere den Weg der Klage und der Einrede öffnet, lediglich in Form der Klage

Digitized by Google

verfolgt hat. Dieser Weg entspricht ganz dem, was wir im übrigen vom älteren Recht wissen, und zwar nicht etwa bloß insofern, als er im Vergleich zu dem kürzeren Wege der exceptio ein Umweg, letzterer aber historisch überall der frühere ist,[165]) sondern auch insofern, als er in vielen Fällen durch die Idee der strengen processualischen Gerechtigkeit, durch die das ältere Recht sich in so hohem Maße leiten ließ (S. 51 fl.), geboten war. Die Tendenz des späteren Rechts, den einen Weg mehr und mehr durch den andern zu ersetzen, gereicht, wie ich schon früher bemerkte, demselben keineswegs zur Ehre, und Justinian oder seine Gehülfen haben ihre vermeintliche Ueberlegenheit über die ältere Jurisprudenz in sehr zweifelhafter Weise documentirt, wenn sie, befangen von dem Eindruck der Weitläufigkeit, den dieser Mechanismus auf sie ausübte, dem ältern Recht den Vorwurf machen:[166]) dasselbe habe in widersinniger und höchst unzweckmäßiger Weise durch die eine Klage genommen, was es mit der andern gegeben — jeder Jurist aus der alten Zeit würde dem Tadler die Augen haben öffnen können!

Ueberschauen wir jetzt den gesammten Inhalt dieses Paragraphen, so wird der Ausspruch des Gajus, den wir an die Spitze desselben gesetzt haben: „nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum", nicht bloß in dem Sinn seine

---

165) Nicht selten stellt man sich das Verhältniß beider Rechtsmittel zu einander gerade entgegengesetzt vor, indem man, mit falschem Schluß von der Stelle in Note 39, in der act. das stärkere, in der except. das schwächere Rechtsmittel erblickt, allein ich gebe mich der Hoffnung hin, daß meine bisherigen Ausführungen über den Mechanismus des altrömischen Processes den Nachweis geliefert haben, daß von seinem Standpunkt die Anfechtung in Form der Klage der Einrede vorausgegangen sein muß. Derselben Ansicht ist auch Bähr Anerkennung S. 94 Note 6 und in den Jahrbüchern für Dogmat. II. S. 376, 378.

166) L. 2 Cod. de const. pec. (4. 18) cum .... secundum antiquam receptitiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum, cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam justis legibus contrarium sit permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.

Digitized by Google

Erklärung gefunden haben, daß das alte Recht keine eigentlichen Exceptionen gekannt, sondern auch in dem, daß es an Stelle derselben etwas anderes besessen, mit dem es ganz dasselbe ausgerichtet hat, wie das neuere mit den Exceptionen.

Wir haben das Ziel, das wir uns früher gesteckt, und das uns von § 50 an beschäftigt hat: den analytischen Mechanismus des alten Processes zur Anschauung zu bringen, erreicht, und es wird jetzt an der Zeit sein, uns über den Werth und Unwerth der ganzen Einrichtung zu verständigen.

Der erste Eindruck, den dieselbe meines Erachtens in jedem Unbefangenen hervorrufen muß, ist der der Bewunderung über die außerordentliche Gewandtheit und Kunst, von der sie Zeugniß ablegt. In meinen Augen ist sie ein Kunstwerk, dem ich nichts, was die Geschichte des Processes zu irgend einer andern Zeit bietet, an die Seite zu setzen wüßte, und dem gegenüber namentlich der heutige Proceß sehr in den Schatten tritt — ein Kunstwerk, bei dem die höchste Einfachheit des Grundgedankens sich paart mit der bewundernswürdigsten Consequenz seiner Durchführung und einer in Auffindung der richtigen Mittel unerschöpflichen Erfindungskraft, die äußerste Feinheit der Detailarbeit mit der größten Solidität und der klarsten Durchsichtigkeit seiner ganzen Anlage — kurz eine durch ihre Einfachheit wie ihre Kunst gleich ingeniöse Maschine!

Aber was kümmert uns der Kunstwerth beim Proceß, wird man mir einwenden, welchen Werth hat alle Kunst, wo es nur auf einfache Brauchbarkeit und Zweckmäßigkeit ankommt? Hier wird ja die Kunst zur Künstelei. Und ist nicht gerade die Rücksicht der Zweckmäßigkeit und Bequemlichkeit durch die Weitläufigkeiten, Umwege, Wiederholungen, zu denen der alte Proceß nöthigte, entschieden verleugnet? Der Weg, den das alte Recht den streitenden Theilen öffnete, gleicht dem Geleise der Eisenbahn, es sind eiserne Schienen, in denen die Bewegung unabänderlich in der vorgeschriebenen Richtung sich vorwärts bewegen muß. Keine Abweichung zur Seite, kein Anhalten! Auch an solchen Punkten, wo

Digitized by Google

sich die Möglichkeit böte, die Sache definitiv zu Ende zu bringen, schießt der Zug unaufhaltsam vorbei, und es bedarf, nachdem er am Ziele angelangt ist, einer neuen Fahrt, neuer Kosten, neuen Zeitverlustes, um das Versäumte nachzuholen.

Gewiß! das sind die Nachtheile der Einrichtung; aber es fragt sich nur, ob sie nicht, wie bei der Eisenbahn, durch die Vortheile überwogen werden — oder richtiger gesagt: im alten Rom *wurden*; denn wir müssen die Einrichtung nicht messen mit dem Maße der heutigen, sondern der altrömischen Zeit. Wo, wie heutzutage, die Führung eines Processes mit großen Kosten verbunden ist, fällt der Kostenpunkt allerdings schwer ins Gewicht, und die Rücksicht der Kostenersparniß scheint dafür zu sprechen, das gesammte Streitmaterial mit *einem* Male abzuthun.[167]) Allein ich möchte auch hier die Frage aufwerfen: wird das Maß der Arbeit, nach dem sich doch die Kosten bestimmen, geringer, wenn dieselben Rechtsfragen gemeinschaftlich, als wenn sie isolirt behandelt werden? Ich behaupte: es wird größer, denn je mehr Fragen sich häufen, um so mehr steigt die Schwierigkeit; zu der Arbeit, die jede einzelne erfordert, gesellt sich noch als Zugabe *die* hinzu, alle diese Fragen auseinander zu halten. Wer zehn Gegenstände mit leichter Mühe *hinter* einander zu heben vermag, erliegt unter der Last, wenn er sie mit *einem* Male heben soll. Dazu kommt noch Folgendes. Wo der Häufung des Streitmaterials keine Grenze gesetzt ist, wird, wie die tägliche Erfahrung unseres Processes lehrt, neben den Gründen und Gesichtspunkten, von denen die Partei sich allein den Sieg verspricht, noch eine Masse anderer völlig nichtiger und haltloser zusammengetragen: Einreden des Zwangs, Betrugs, Irrthums u. s. w., an welche die Partei selber nicht glaubt, gleich als gelte es, die Gelegenheit zu benutzen, um kostenfrei auch Ballast zu befördern. Aber der Ballast wiegt für den Richter und die Gegenpartei eben so schwer

167) *Plank* Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 70, 90; über die von ihm gleichmäßig betonte Rücksicht auf Zeitersparniß s. u.

Digitized by Google

und kostet eben so viel, als das Werthobject! Wie sehr würde manche Partei sich besinnen, von diesem Material Gebrauch zu machen, wenn dies nicht mehr in einem und demselben, sondern, wie im alten Rom, nur in Form verschiedener Processe möglich wäre! Wie wenige von allen jenen Einreden, über die täglich auf Kosten der Parteien viel hin und her gestritten wird, würden als Klagen zum Vorschein kommen! Der Mechanismus, den der altrömische Proceß besaß, und den auch der heutige für manche Verhältnisse in Anwendung bringt, verringert mithin die Kosten, anstatt sie zu erhöhen, denn er schneidet eine Menge werthlosen Streitmaterials von vornherein ab. Um den vermeintlichen Vortheil der Kostenersparniß erkaufen wir heutzutage*) Processe, die einem Lastwagen gleich das ganze Material von möglichen und unmöglichen Klagen und Einreden beider Parteien in sich aufnehmen müssen, und mühsam sich aus der Stelle schleppend und stets in Gefahr, die Ladung durch Unordnung und Verwirrung zu beschädigen, nicht selten erst am Ziele anlangen, nachdem Richter, Rechtsbeistände und Parteien die Uebersicht, Geduld und das Leben verloren haben.

Neben dem Kostenpunkt fällt auch der durch den Proceß veranlaßte Zeitverlust schwer ins Gewicht. Wo der Proceß, wie im alten Rom, auf mündliche Verhandlung und folglich auf persönliches Erscheinen der interessirten Personen gebaut ist, scheint der Einwand, den Plank (Note 167) gegen das Princip der processualischen Isolirung der Streitsachen erhebt, „daß nämlich getrennte Rechtsstreitigkeiten doppeltes Kommen und doppelte Termine veranlassen", vollkommen begründet. Aber der Werth der Zeit ist nicht überall derselbe; daß Zeit Geld ist, gilt nur für Personen, welche arbeiten, denn nur Arbeit ist Geld. Für den, der arbeitet, ist die Frage von dem durch den Proceß ver-

*) Ich habe dabei an den früheren gemeinrechtlichen Proceß gedacht, der zur Zeit, als die erste Auflage dieses Werkes erschien, noch in Blüthe stand; an Beispielen, für die das im Text Gesagte zutrifft, hat es derselbe nicht fehlen lassen.

Digitized by Google

anlaßten Zeitaufwand nicht eine Frage der bloßen Bequemlichkeit, sondern des materiellen Verlustes, und es wird daher begreiflich, daß die Entwicklung der Industrie, des Handels, kurz der Arbeit nicht umhin gekonnt hat, die Proceßorganisation im Interesse der Zeitersparniß zu beeinflussen. An die Stelle des eigenen Erscheinens der Partei tritt die Vertretung durch Sachwalter, welche in einem einzigen Termin die Geschäfte von vielen Parteien versehen, an die der Mündlichkeit und des persönlichen Erscheinens vor Gericht die Schriftlichkeit. Das gesammte Streitmaterial von beiden Seiten wird möglichst in ein Verfahren zusammengefaßt.[167a])

Diese Rücksichten waren jedoch nicht maßgebend in einem Gemeinwesen, wie im alten Rom, wo von der ländlichen Arbeit abgesehen nur die Zeit des Sklaven Geld war, und auch die ländliche Arbeit dem freien Bauern Zeit genug übrig ließ, bei seinem Marktgange nach Rom zugleich seine Rechtsstreitigkeiten zu versehen. Das Interesse einer durch veränderte Proceßorganisation zu erreichenden Zeitersparniß, das Gewicht der Frage, ob Kläger und Beklagter in Form eines oder zweier und mehrerer Processe ihren Streit austragen müssen, würde hier kaum verstanden worden sein.

Aber das Verständniß drängte sich unabweisbar auf, als das Staatsgebiet von Jahr zu Jahr sich ausdehnte, und die Entfernungen wuchsen. Dieser Umstand, der für das gesammte Recht, soweit es mit dem persönlichen Erscheinen zusammenhängt, einen so fühlbaren Einfluß geäußert hat (III 668), mußte in Verbindung mit dem in gleichem Schritt mit der Cultur steigenden Werth der Zeit und dem Hang zur Bequemlichkeit auch eine entsprechende Veränderung der Proceßorganisation zur Folge haben. Jetzt war es nicht mehr gleichgültig, ob jeder selbst kommen mußte oder einen Stellvertreter schicken durfte, ob der Beklagte seine Sache

167a) Darauf zielt auch die exceptio litis dividuae und residuae des neuern römischen Processes.

Digitized by Google

mittelst Exceptionen in einem Proceß erledigen konnte, oder nach alter Weise mittelst eines besonderen Processes. Ob das spätere römische Recht dieser Rücksicht aber nicht auf Kosten anderer nicht minder gewichtiger Interessen einen ungebührlichen Einfluß vergönnt hat, das ist eine Frage, auf die ich mir die Antwort für das dritte System vorbehalte.

So schrumpfen also die scheinbaren Gebrechen des alten Processes vom Standpunkt der damaligen Zeit fast auf Nichts zusammen, und wenn einmal der Werth einer Einrichtung sich nach dem Verhältniß ihrer Vortheile und Nachtheile bestimmt, so wird das Urtheil über den Werth des altrömischen Processes — ich meine nicht bloß seinen Kunstwerth, sondern auch seinen praktischen Werth für das römische Leben — nicht lange zweifelhaft sein können.

Die genaue Sonderung der verschiedenen Seiten des Rechtsverhältnisses: der Ansprüche und Gegenansprüche, die größtmöglichste Beschränkung und zugleich die schärfste Präcisirung der Streitfrage, die Fixirung der richterlichen Aufmerksamkeit auf den wesentlichen Punkt bis zur Unmöglichkeit des Abirrens, die Einfachheit, Raschheit und Sicherheit der Proceßmaschinerie — das sind die Eigenschaften, die den praktischen Werth des altrömischen Processes bestimmen und ihn für immer nicht bloß zu einem höchst anziehenden Gegenstand historischer Untersuchung, sondern zugleich zu einer überaus werthvollen Quelle der Belehrung erheben. Aber freilich wenn irgendwo der Satz gegolten hat: jus civile vigilantibus scriptum est,[168] so war es im alten Proceß. Zum bequemen Sichgehenlassen war die Maschine nicht eingerichtet. So geringe Anforderungen sie an den Richter stellte, dem die Frage zur Beantwortung überwiesen war, so hohe an den Magistrat und die Parteien. Wenn sie sich versahen, wenn die Partei rechtzeitig eines Umstandes zu gedenken vergaß, der auf die Wahl der Klagformel von Einfluß hätte werden können, oder wenn eine Frag-

168) L. 24 i. f. quae in fraud. (42. 8).

Digitized by Google

stellung gewählt ward, die dem Stande der Sache nicht adäquat war, kurz wenn der Proceß bei der Instruction vor dem Magistrat, auf der recht eigentlich der Schwerpunkt des ganzen Verfahrens beruhte, durch ungeschickte Hände in eine verkehrte Bahn geleitet ward — dann allerdings rollte er unaufhaltsam fort, und das kleinste Versehen rächte sich durch den Verlust der ganzen Sache. Aber das ist ein Fehler, wenn man ihn einmal so nennen will, der von der Idee des Processes unzertrennlich ist, und der in unserm heutigen Proceß nicht minder wiederkehrt, als im spätern Formularproceß. Gleichwohl genügte er, um die Beschreitung des Rechtswegs ohne einen erfahrenen Führer zu einem höchst mißlichen Unternehmen, m. a. W. um den Juristen unentbehrlich zu machen.[169]) Daß seine Hülfe gern gewährt ward, schloß nicht aus, daß nicht der Laie den Druck dieser Nothwendigkeit empfand, und wenn sich die Sage bilden konnte, die Juristen hätten in alter Zeit aus dem Recht ein Geheimniß gemacht, so wird dies jedem, der mir bisher gefolgt ist, vollkommen begreiflich erscheinen.

Wer den hohen Einfluß zu würdigen weiß, den knappe, strenge Formen auf die innere Entwicklung des Rechts ausüben, für den wird es weder einer Ausführung, noch Rechtfertigung bedürfen, wenn ich schließlich mein Urtheil über die historische Bedeutung des altrömischen Processes für die Gesammtentwicklung des römischen Rechts in den Satz zusammenfasse: was der Körper für den Geist, das war die analytische Structur des Processes für die Analytik der Begriffe — ohne den altrömischen Proceß gäbe es muthmaßlich kein heutiges römisches Recht.

169) Darüber habe ich mich schon §. 42 ausgesprochen.

Digitized by Google

B. Das Rechtsgeschäft.

Correspondenzverhältniß in der Structur des Processes und Rechtsgeschäfts. — Der Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses. — Der Gedanke der Concentration des Rechtsgeschäfts: Simultaneität des Akts, des Thatbestandes und der Wirkungen (Bedingung und dies).

LIII. Das Rechtsgeschäft ist die Form, in welcher der subjective Wille innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken seine rechtschöpferische Thätigkeit entfaltet. Nur insoweit er diese Grenzen innehält, *schafft* er wirklich; darüber hinaus bleibt sein Handeln entweder jeder Wirkung beraubt, ist ein leerer, nichtiger Akt, oder die Wirkung kehrt sich als negative gegen ihn, nämlich als Verpflichtung, das Geschehene ungeschehen zu machen (Strafe, Schadensersatz), *jenes*, wenn der Wille sich mit einem Rechtsbegriff, dieses, wenn er sich mit einem Verbot in Widerspruch befindet — über den Rechtsbegriff hinaus gibt es kein rechtliches *Können*, über das Verbot hinaus kein *Dürfen*.

Bezeichnen demnach die Rechtsbegriffe das Maß und den Umfang des Könnens, so gewähren sie damit zugleich die Mittel zur analytischen Bestimmung desselben: die Analyse des Rechtsgeschäfts beruht auf der der Begriffe. Nur dadurch, daß das Rechtsgeschäft auf vorhandene Begriffe zurückgeführt werden kann, gewinnt es rechtlichen Bestand, denn was nicht abstract möglich ist, kann auch nicht concret wirklich werden. Das Gebiet des Möglichen aber fällt zusammen mit der Summe der anerkannten Rechtsbegriffe. Die Voraussetzung für das *rechtliche* Handeln ist eben eine ganz andere, als für das *factische*; letzteres ist erlaubt, wenn es nicht verboten ist. Aber diese bloß *negative* und abstracte Voraussetzung der Abwesenheit eines Verbots ist für das Rechtsgeschäft nicht ausreichend, sondern seine Voraussetzung ist wesentlich *positiver* Art.

Beruht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auf seiner Reducirbarkeit auf bekannte Begriffe, seiner analytischen Löslichkeit, ver-

Digitized by Google

sagt m. a. W. der Jurist die Anerkennung jedem Rechtsgeschäft, das er sich nicht denken kann, so scheint damit der Verkehr in höchst bedenklicher Weise von dem „Denken" des Juristen in Abhängigkeit gesetzt worden zu sein. Das Bedürfniß und die Erfindungskraft des Verkehrs reichen stets weiter, als das juristische Denken; letzteres ist stets, so paradox es klingen mag, hinter der Zeit und dem Leben zurück, so wie das Bewußtsein zurück ist hinter dem Gefühl; wie also kann man verlangen, daß erstere sich letzterem unterordnen sollen? In Wirklichkeit ist dies aber auch keineswegs der Fall, denn wo zwischen beiden ein Widerspruch besteht, und die Jurisprudenz nicht etwa schon durch geschickte Benutzung des vorhandenen Materials denselben zu schlichten vermag, wovon uns die juristische Oekonomie des alten Rechts (§ 56) Beispiele in reicher Menge bringen wird, bleibt der Jurisprudenz eben nichts übrig als sich dem Drange des praktischen Lebens zu fügen und ihr Denken, ihren geistigen Horizont entsprechend zu erweitern. Die ersten Regungen, Ansätze und Versuche zur Einführung des Neuen mögen immerhin an dem Widerstande der Jurisprudenz scheitern, dem fortgesetzten Andrängen hält derselbe nirgends Stand.

Das Erforderniß der analytischen Zersetzbarkeit des Rechtsgeschäfts enthält keine Beschränkung in Bezug auf die Zahl und die Art der zu einem und demselben Rechtsgeschäft zu combinirenden Begriffe. Die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse lassen sich, insofern keine besonderen Formvorschriften für sie aufgestellt sind, durch einen und denselben Akt ins Leben rufen, so daß also z. B. Uebertragung des Eigenthums,[170] Bestellung von Servituten und Hypotheken, Begründung von Obligationsverhältnissen, Cession von Forderungen, Aufgabe von Rechten aller Art zu einem einzigen Rechtsgeschäft zusammengefaßt werden dürfen.

---

170) Selbst ohne den äußern Akt der Tradition durch die traditio brevi manu und des constitutum possessorium.

Digitized by Google

Aber ist ein solches Rechtsgeschäft in der That ein einziges zu nennen? Legt man den obigen Gesichtspunkt zu Grunde, daß die Analytik der Rechtsgeschäfte und folglich ihre Individualität in den Rechtsbegriffen ruht, so wird man die Frage verneinen und vielmehr sagen müssen: es liegen hier so viel Rechtsgeschäfte als Rechtsverhältnisse vor, jene werden zwar sämmtlich durch einen und denselben äußern Akt vollzogen, allein dies schließt für sie die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer Unterscheidung eben so wenig aus, wie die Verbindung mehrerer Klagen zu einer einzigen Klagschrift — es gibt einfache und combinirte Rechtsgeschäfte, der Begriff der Cumulation der Klagen findet sein Seitenstück an der Cumulation mehrerer Rechtsgeschäfte zu einem einzigen.

Die historische Entwickelung beider Begriffe im römischen Recht hat nicht gleichen Schritt gehalten. Während noch die neuere Jurisprudenz im Ganzen und Großen an dem hergebrachten Verbot der Klagencumulation festhält (S. 34), hat sie dagegen für das Rechtsgeschäft, insoweit sie freie Hand hatte, d. h. für die formlosen Verträge und Akte des neuern Rechts, dem Gedanken der Cumulation keinen Widerstand entgegengesetzt. Diese Verschiedenheit hängt damit zusammen, daß die Strenge der Disciplin nicht bloß dem Proceß nöthiger ist, als dem Leben, sondern daß sie sich für ihn zugleich leichter erzwingen läßt. Mit dem Verschwinden der meisten römischen Geschäftsformen im justinianischen und heutigen Recht hat die Möglichkeit einer Cumulation der Rechtsgeschäfte noch beträchtlich an Ausdehnung gewonnen, und es sind fast nur noch das Testament und die modernen Formen des Handels- und Seerechts, welche sich ihr entziehen.

Mit welchen Augen die altrömische Jurisprudenz sie betrachten mußte, werden wir nicht erst zu sagen haben. Eine Jurisprudenz, die den Grundsatz der analytischen Einfachheit, den Gedanken, daß das, was begrifflich eins ist, sich auch bei seinem äußern Auftreten in concreter Gestalt als solches erweisen müsse, bei der Organisation des processualischen Verfahrens mit solcher eisernen

Digitized by Google

Consequenz zur Geltung gebracht hatte, wäre auf halbem Wege stehen geblieben, wenn sie sich bei der Gestaltung der Ordnung des Rechtsgeschäfts seiner hätte entschlagen wollen. Wenn man einmal dem Proceß die Einrichtung gab, daß nur ein einfaches Rechtsverhältniß Zutritt zu ihm finden konnte, was lag näher, als den Zersetzungszwang rückwärts über den Proceß hinaus bis zur Begründung des Rechtsverhältnisses durch Rechtsgeschäft zurück zu erstrecken? Was im Proceß sich scheiden mußte, warum sollte es im Rechtsgeschäft vereint sein? Erst wenn letzteres demselben Gesetz der Analyse unterworfen war, das für jenen galt, war der Gefahr der Unordnung und Verwirrung, die jede Vermischung verschiedener Rechtsverhältnisse in sich schließt, gründlich vorgebeugt. Rechtsbegriff, Rechtsgeschäft und Rechtsverfolgung oder Klage bildeten unter dieser Voraussetzung eine fortlaufende Linie, oder richtiger drei sich streng aneinander anschließende und sich deckende Größen: die dialektische Fortbewegung eines und desselben Gedankens.

In der That hat die ältere Jurisprudenz diesen höchst einfachen und nicht minder fruchtbaren und genialen Gedanken mit ihrer bekannten Energie erfaßt und verwirklicht. Rücksichtlich der Klage ist dies früher nachgewiesen, rücksichtlich des Rechtsgeschäfts soll es an dieser Stelle geschehen.

Die Congruenz zwischen der Klage und dem Rechtsgeschäft beschränkt sich aber keineswegs auf diese ihre gemeinsame Uebereinstimmung mit dem Begriff, den sie verwirklichen, so daß sie unter sich nur gleich wären, weil sie mit einem Dritten gleich sind, sondern sie erstreckt sich auch auf das, worin sie durch den Begriff nicht weiter beeinflußt werden: das rein Mechanische ihrer Structur. Schon bei einer andern Gelegenheit, nämlich in Bezug auf das Formelwesen (III 628), ist das Correspondenzverhältniß zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts von uns nachgewiesen worden. Dasselbe wiederholt sich nun bei der gegenwärtigen Gelegenheit in einer Weise, daß man über die Absicht und Planmäßigkeit nicht im Zweifel sein kann. Die Ver-

Digitized by Google

wandtschaft der analytischen Structur des Processes und des Rechtsgeschäfts documentirt nicht bloß die Gemeinsamkeit ihrer beiderseitigen Abstammung von denselben Meistern, sondern ungleich mehr als das: die Gemeinsamkeit oder richtiger Gegenseitigkeit ihrer Bestimmung — beide sind gegenseitig auf einander berechnet, es besteht zwischen ihnen kein bloßer Parallelismus, sondern ein Correspondenzverhältniß.

Die Erkenntniß dieses Verhältnisses ist für die Reproduction der Theorie des alten Rechtsgeschäfts von maßgebendem Einfluß; sie setzt uns in Stand, nicht allein aus den bloßen Bruchstücken, welche uns überliefert sind, das Ganze zu erkennen, sondern auch genau zu unterscheiden, was von der Theorie des Rechtsgeschäfts der alten und der neuen Zeit angehört. In unsern Quellen liegt beides ungeschieden nebeneinander: bei diesem Verhältniß die Einschärfung einer Regel, die bei jenem hintenangesetzt wird, bei demselben Institut Strenge in der einen und Nachgiebigkeit in der andern Richtung. Nur innere Kriterien: die Erkenntniß des Gegensatzes der älteren und neueren Methode, können hier einen Anhaltspunkt liefern, um künstlich diesen Knäuel von Rechtssätzen, die ganz verschiedenen Epochen der Jurisprudenz entstammen, zu entwirren.

Die zwei Grundgedanken der processualischen Analytik bestanden, wie früher gezeigt, in dem durch das Actionensystem gesicherten Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses (§ 51), oder negativ ausgedrückt: in der Unzulässigkeit der Klagencumulation und in dem Gedanken der Concentrirung der gesammten processualischen Action auf den Moment der Litiscontestation (S. 24). Ueberzeugen wir uns, daß beide Grundgedanken mit den eigenthümlichen Modificationen, welche die besondere Natur des Rechtsgeschäfts mi sich brachte, in der Structur des letztern sich wiederholen.

Digitized by Google

I. Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses.

Wenn ich früher die römische Actio sowohl in formeller als materieller Beziehung als Individuum bezeichnet habe (III 659, IV 32), so darf ich denselben Ausdruck auch auf das Rechtsgeschäft anwenden. Das Individualitätsmoment beider beruht auf dem Recht, das sie zum Gegenstande haben; derselbe Grundsatz, den wir für den Proceß nachgewiesen haben: so viel Ansprüche, so viel Klagen, gilt auch für das Rechtsgeschäft: so viel Ansprüche, so viel Rechtsgeschäfte.

Soll diese Behauptung richtig sein, so muß nicht bloß die Cumulation ungleichartiger Geschäfte, z. B. der Eigenthumsübertragung und der Begründung von Servituten und Obligationen, sondern auch die gleichartiger Geschäfte wie z. B. der Uebertragung mehrerer Sachen oder der Bestellung mehrerer Servituten durch einen Mancipationsakt ausgeschlossen gewesen sein. Untersuchen wir, ob dies wirklich der Fall war.

Das neuere römische Recht kennt gewisse Verhältnisse, bei denen die zwei Grundelemente des Rechts, welche sonst so weit auseinander gehen, das dingliche und obligatorische, sich zu einer systematischen Einheit verbinden, nämlich das pignus, die superficies und die emphyteusis. Beide Seiten dieser Verhältnisse, die dingliche (das jus in re) und die obligatorische (der Contract) werden hier durch einen und denselben Akt ins Leben gerufen, können es wenigstens. So das neuere Recht; ganz anders aber das ältere. Das Verhältniß, welches dem ältern Recht die Nothwendigkeit einer Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elements zuerst entgegenführte, war der Ususfructus. Die Art, wie es diese Nothwendigkeit technisch vollzog, ist von der des neuern Rechts völlig abweichend; anstatt wie letzteres die beiden Elemente zur Einheit des Akts zusammen zu fassen, hielt es dieselben, wie sie im Begriff innerlich geschieden waren, so auch im Rechtsgeschäft äußerlich auseinander, d. h. es erforderte für jedes derselben einen besonderen Akt, für das jus in re die in

Digitized by Google

jure cessio, für das Obligationsverhältniß die Stipulation (cautio usufructuaria). Man wende nicht ein, daß die Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elements beim Ususfructus eine minder innige sei, als bei den drei andern Verhältnissen. Das obligatorische Band ist dem einen Verhältniß ganz eben so nothwendig und unentbehrlich wie bei den drei andern.[171]) Die Verschiedenheit ihrer Structur läßt sich mithin nur auf technische Gründe zurückführen, sie hat durchaus keinen innern, sondern lediglich einen historischen Grund, es sind zwei verschiedene Perioden der juristischen Technik, die sich darin wiederspiegeln.

Die Behauptung von der grundsätzlichen Abneigung des ältern Rechts gegen die Verbindung ungleichartiger Elemente zur äußeren Einheit eines und desselben Rechtsgeschäfts hat aber noch erst ihre Probe zu bestehen. Läßt sich aus dem ältern Recht nur ein einziges Beispiel beibringen, in dem ein und derselbe Akt zugleich dingliche und obligatorische Wirkungen hervorbrachte, so ist's um die Richtigkeit derselben geschehen. Und in der That scheint der bekannte Satz der XII Tafeln: cum nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit ein solches Beispiel zu gewähren. Damit scheint allen bei Gelegenheit der mancipatio, also der Eigenthumsübertragung vereinbarten obligatorischen Bestimmungen rechtliche Kraft eingeräumt worden zu sein.

Die einzige quellenmäßig bezeugte obligatorische Wirkung, welche sich an die Mancipation knüpfte, bestand in der actio auctoritatis: der Klage aufs Doppelte im Falle der Entwährung. Wäre diese Klage in Wahrheit eine Wirkung der Mancipation als solcher gewesen, so hätte sie in allen Fällen der Mancipation eintreten müssen, einerlei ob die letztere auf Grund eines Kaufs oder einer Schenkung erfolgt wäre. Dies war aber keineswegs der Fall. Jene Klage nämlich war vielmehr bedingt durch zwei der

171) L. 6 pr. ut in poss. (36. 4), L. 1 L. 4 Cod. de usufr. (3. 33), L. 7 Cod. ut in poss. (6. 54). R. Elvers Die römische Servitutenlehre. S. 554 ff.

Digitized by Google

Mancipation völlig fremde Voraussetzungen, die: daß die Mancipation in Folge eines Kaufcontracts erfolgt, und die: daß der Kaufpreis bezahlt war. Demnach bildete die Mancipation für sie nicht den Grund, sondern bloß eine ihrer Voraussetzungen, und so wenig man die Usucapion darum, weil sie unter ihren Voraussetzungen ein obligatorisches Geschäft (titulus) zählt, als Wirkung der Obligation bezeichnen darf, eben so wenig die obige Klage als Wirkung der Mancipation. Am richtigsten dürfte man in ihr wohl eine qualificirte Diebstahlsklage erblicken.[171a]) Der Verkäufer hat durch das Geschäft den Käufer um den Kaufpreis gebracht, ein furtum nec manifestum an ihm begangen und haftet in Folge davon aufs Doppelte.[172]) Wie wenig die Worte der XII Tafeln über die Mancipation, wenn sie wirklich einen obligatorischen Sinn gehabt hätten, von den römischen Juristen in diesem Sinn verstanden worden sind,[173])

171a) Was Leist, Mancipation und Eigenthumstradition, Jena 1865 S. 127 dagegen einwendet, kann auf sich beruhen bleiben. Man muß die weite Ausdehnung des Diebstahlsbegriffs im ältern Recht kennen, um die obige Behauptung richtig zu würdigen. Unter denselben Gesichtspunkt fällt auch die Haftung des unterliegenden Besitzers im Vindicationsproceß für den doppelten Betrag der Vindicien. So wenig die obrigkeitliche Ertheilung derselben die Anwendung des Diebstahlsbegriffs ausschloß, ebensowenig die vertragsmäßige Uebertragung der Sache in Form der mancipatio, nach alter Auffassung enthielt jede unrechtmäßige Aneignung fremden Guts, in welcher Form sie auch geschehen mochte, ein furtum.

172) So erklärt sich auch, daß das Doppelte als nothwendige, unabänderliche Folge der Eviction bezeichnet wird, während, wenn der Vertrag als Grundlage gegolten hätte, nicht abzusehen wäre, warum die Parteien durch Vereinbarung den Betrag der Evictionsleistung nicht hätten erhöhen oder verringern können. — In welchem Lichte mir die Idee erscheinen muß, den Anspruch auf Evictionsleistung wegen einer mancipirten und traditen res mancipi als einen Fall einer per aes et libram begründeten Schuld aufzufassen (Huschke: Gajus, Beiträge u. s. w. S. 100), und wie ich demnach über das: secundum „mancipium“, das dieser Schriftsteller statt des früher von ihm beliebten „lege mancipii“ in den Text von Gaj. III. 174 aufgenommen hat, denke, brauche ich nicht erst zu bemerken.

173) Welcher Sinn für sie außerdem noch erübrigte, habe ich bereits an-

Digitized by Google

geht schlagend daraus hervor, daß sie dem Nebenvertrag der fiducia die Aufnahme in die Mancipationsformel versagten und ihn in die Form eines selbständigen, ursprünglich klaglosen Nebenvertrags, ich möchte sagen eines geheimen Artikels (III 531), wiesen. Hätte er in jener Formel Platz finden können, so würde er, wie alle andern obligatorischen Akte des alten Rechts, eine actio stricti juris erzeugt haben, während die aus ihm entspringende Klage in Wirklichkeit eine act. bonae fidei war, eine Klage, die an dem harten Stamm der mancipatio eben so wenig gewachsen sein kann, wie eine Rose an einem Eichbaum.[174])

Eine interessante Parallele zu der fiducia und damit zugleich einen neuen Beleg für unsere Ansicht gewährt die Form der dem Sklaven bei seiner Freilassung von seinem Herrn auferlegten Verpflichtung zu Dienstleistungen (operarum obligatio). Wenn man erwägt, daß diese Auflage bei dem Akte der Freilassung und vor der Obrigkeit erfolgte,[175]) so wird man den Grund, warum sie nicht als Modus in die Formel der Manumission aufgenommen ward, sondern sich gleich der fiducia mit der Form eines mehr in das Gewissen (fides) geschobenen Nebenvertrages (Eid) begnügen mußte, abermals nur in unserm obigen Princip erblicken können: daß ein und derselbe Akt nicht dazu angethan war, zwei systematisch verschiedene Wirkungen (Freiheit und Obligation) hervorzubringen.

Demnach nehme ich keinen Anstand, den Satz aufzustellen, daß kein Akt des älteren Rechts zugleich dingliche und obligatorische Wirkung hervorbrachte, daß vielmehr derselbe scharfe Gegensatz,

---

gegeben (III 548); an Beispielen ähnlicher restrictiver Interpretationen fehlt es bekanntlich dem ältern Recht nicht, s. III 456 flg.

174) Bei Gelegenheit der Frage von dem Alter der actiones bonae fidei werde ich darauf zurückkommen. — Das Argument, das man aus L. 48 de pact. (2. 14) Gajus ad legem XII tabul. entnehmen könnte, wird keiner Widerlegung bedürfen.

175) Und zwar, wie es scheint, zum Zweck einer im Interesse beider Theile angeordneten Mitwirkung des Magistrats arg. L. 47 de oper. lib. (38. 1) . . Praetorem non pati, Cic. ad Attic. VII, 2 a. E. . in eo, qui eadem liber non juraret.

Digitized by Google

der im älteren Recht zwischen den Begriffen eines dinglichen und obligatorischen Rechts bestand, sich auch bei der Begründung derselben durch Rechtsgeschäft wiederholte.

Wie Eigenthum und Obligation, so sind auch Eigenthum und Servitut systematisch verschieden; es müßte mithin unserem Princip zufolge eine Cumulation beider zu einem Rechtsgeschäft unstatthaft gewesen sein. Dem scheint die Möglichkeit der Deductio von Servituten bei Gelegenheit einer solennen Eigenthumsübertragung zu widersprechen.[176]) In Wirklichkeit aber verwandelt sich dieser Schein des Widerspruchs gerade in eine Unterstützung unserer Ansicht, denn die Form, in der jene Servitutbestellung erfolgte, bestätigt unsern Grundsatz gerade durch die Art, wie sie ihm ausweicht. Es wird nämlich der Sache die Gestalt gegeben, als ob bloß ein Akt, nämlich eine Eigenthumsübertragung vor sich gehe, aber an einem mit der gewünschten Servitut belasteten Grundstück. Nicht so ist der Hergang zu denken, als ob der Mancipant erst Eigenthum übertrüge, und sodann der Empfänger auf Grund des so eben erworbenen Eigenthums die Servitut bestellte — dann würden in der That juristisch zwei Rechtsgeschäfte vorliegen, woran sich die praktisch wichtige Folge knüpfen würde, daß bei mangelnder Veräußerungsbefugniß in der Person des Empfängers die Servitutbestellung ungültig sein würde — sondern der Mancipant behält von dem, was er überträgt, etwas zurück, er zieht etwas ab (deducit) — eine Wendung im Geist der analytischen Methode, zu welcher der Proceß in dem „cum deductione und compensatione agere“ (S. 80) ein Seitenstück darbietet, und deren materielle Statthaftigkeit die alten Juristen auf die oben in Bezug genommenen Worte der XII Tafeln über die Mancipation stützen konnten. So wenig wie die Klage des Argentarius juristisch zwei Forderungen, so wenig hatte jener Akt zwei dingliche Rechte zum Gegenstande; das vor-

176) Gaj. II, 33. Vat. fragm. §. 47, 50, 51 und oben Note 89; Dirksen Vermischte Schriften I. S. 110.

Digitized by Google

behaltene Recht fungirte hier, wie bei der Subtraction, nur als Subtractionsfactor.

In consequenter Durchführung dieses Gesichtspunktes muß es verstattet gewesen sein, auch mehrere Servituten vorzubehalten, z. B. gleichzeitig den Nießbrauch, eine Weggerechtigkeit u. a., während ein Gleiches meiner Meinung nach bei selbständiger Bestellung der Servituten schlechthin ausgeschlossen war, — wo die Einheit bloß auf dem Minuendus beruht, ist die Mehrheit der Subtrahenden gleichgültig. Hätte das ältere Recht bereits die übrigen jura in re gekannt, so würde es rücksichtlich ihrer sich sicherlich ganz desselben Mittels bedient haben, und den Grund, daß dasselbe bei letztern nicht erwähnt wird, vermag ich daher nicht[177] in einer systematischen Verschiedenheit derselben von den Servituten, sondern nur in dem rein historischen Moment zu erblicken, daß das Aufkommen dieser Rechte in eine Zeit fällt, wo die Jurisprudenz sich bereits von dem Bann der alten Technik losgemacht hatte.

Das Gegenstück zu dem eben besprochenen Fall liefert die Bestellung von Prädialservituten zu Gunsten des Erwerbers. Der bisherige Eigenthümer führt unter den dem zu übertragenden Grundstücke zustehenden Servituten auch diejenige auf, welche er auf das von ihm zurückbehaltene Grundstück übernehmen will, es erscheint also auch hier wiederum die Servitutbestellung nicht als besonderes Rechtsgeschäft, sondern als eine Modalität der Eigenthumsübertragung. Während das praedium in jenem Fall als serviens, wird es in diesem als dominans übertragen.[178]

Damit ist das dürftige Material, welches unsere Quellen für die Frage von der Cumulation mehrerer ungleichartiger

177) Wie Dirksen a. a. O. S. 119 es thut.

178) L. 3 L. 6 pr. L. 7 pr. Comm. praed. (8. 4). Daß ich, was hier von der traditio gesagt wird, auf die beiden Geschäftsformen im Texte beziehe, wird keiner Rechtfertigung bedürfen.

Digitized by Google

Rechtsgeschäfte meines Wissens darbieten, erschöpft. Es verbleibt uns jetzt noch die Frage von der Möglichkeit der Verbindung mehrerer *gleichartiger* Rechtsgeschäfte zu einem Akt.

Halten wir uns hier an die drei Grundformen des römischen Geschäftslebens (§ 46): die mancipatio, in jure cessio und stipulatio, so darf zunächst für die in jure cessio, wenn sonst der Schluß von der Vindication auf sie ein berechtigter ist, die Unzulässigkeit einer solchen Cumulation unbedenklich behauptet werden. Konnte man nicht mehrere Gegenstände mit einem Male vindiciren, so konnte man sie auch nicht durch Scheinvindication mit einem Male vor Gericht *abtreten*; dem Satz: *so viel Gegenstände, so viel Vindicationen* (S. 31), muß der entsprochen haben: *so viel Gegenstände, so viel Akte der in jure cessio*. So weit, wie das *ausschließliche* Gebiet der in jure cessio (III 553) wird sich mithin auch der Grundsatz der Unzulässigkeit der Cumulation der dadurch zu bewerkstelligenden Geschäfte erstreckt haben, so daß also z. B. die Emancipation mehrerer Kinder oder die Freilassung mehrerer Sklaven durch *einen* Akt ausgeschlossen gewesen sein wird.

Für die mancipatio hat jener Schluß von der rei vindicatio keine Geltung, und von ihr ist wenigstens in *einer* Anwendung, nämlich hinsichtlich der Eigenthumsübertragung, die Möglichkeit einer Cumulation ausdrücklich bezeugt. Von beweglichen res mancipi, sagt Ulpian (Fragm. XIX, 6), lassen sich mit einem Male so viele mancipiren, als man mit der Hand fassen kann, von unbeweglichen so viel, als man Lust hat. Daß dieser Rechtssatz bereits dem älteren Recht bekannt gewesen, muß ich bezweifeln. Ich will dem Umstande, daß Gajus bei seiner Darstellung der mancipatio (I, 119—122) Nichts von ihm zu melden weiß, keine allzu hohe Beweiskraft beilegen, obgleich er doch immer mit ins Gewicht fällt; allein wer mir bisher gefolgt ist und eine Anschauung gewonnen hat von dem analytischen Geiste, der die ganze alte Jurisprudenz beseelt, von der Strenge und Folgerichtigkeit ihrer Methode, der wird, wie ich glaube, nicht anstehen, meinen

Digitized by Google

Zweifel zu theilen. Man könnte mir den Einwand machen, daß die Beschränkung der Mancipation auf einen einzigen Gegenstand in gewissen Anwendungsfällen z. B. bei der Uebertragung einer Herde mit zu großen praktischen Unzuträglichkeiten verbunden gewesen sei. Allein abgesehen davon, daß sich für diesen Zweck die in jure cessio darbot (nach dem Vorbild der Vindication einer Heerde, S. 38), so dürfte die Unbequemlichkeit nicht allzu hoch anzuschlagen sein, indem mit Hülfe einiger Sklaven, die bekanntlich der Mancipation fähig waren,[179]) auch die stattlichste Heerde sich stückweis in kürzester Zeit mancipiren ließ.

Die Stipulation konnte den verschiedenartigsten Obligations-Stoff: ein Geben, Thun und Unterlassen in beliebiger Häufung und Mischung in sich aufnehmen, es stand also nichts im Wege, die mannigfaltigsten materiellen Verträge: das Darlehn, den Kauf- und Miethcontract, die Societät u. s. w. zusammen in eine einzige Stipulation zu werfen. Daß dies bereits im alten Recht so gewesen, glaube ich ebenfalls in Zweifel ziehen zu sollen. Nicht etwa bloß auf die abstracten Schlußworte der Stipulation: spondesne spondeo legte die alte Zeit das entscheidende Gewicht, so daß die Verschiedenheit des Inhalts gar nicht weiter in Betracht gekommen wäre, sondern jene Worte hatten ursprünglich für die Stipulation keine geringere und höhere Bedeutung, als die: ajo . . meum esse für die in jure cessio und mancipatio, d. h. sie kennzeichneten das Geschäft der Gattung, nicht aber der Art nach, das eigentliche Individualitätsmoment aller dieser Geschäfte aber beruhte auf dem Gegenstand, dem Inhalt, und so wenig man auf den Grund hin die in jure cessio einer körperlichen Sache, einer Erbschaft, Servitut, Tutel hätte verbinden dürfen, weil das Schema ajo . . meum esse bei allen dasselbe war, eben so wenig meiner Ansicht nach auf denselben Grund hin mehrere juristisch verschiedene Obligationsstoffe zu einer Obligation. Eine stipulatio emti, venditi, locati, con-

179) Gaj. II, 87.

Digitized by Google

ducti erschien den alten Juristen sicherlich nicht minder als juristisches Individuum, als irgend eines der soeben genannten Geschäfte.[181]) Für alle Verträge gab es in alter Zeit bestimmte Formulare, und obgleich der Gebrauch derselben frei war, wie schon aus der Erwähnung mehrerer Formulare für ein und dasselbe Geschäft hervorgeht,[182]) so hielt doch der Verkehr aus gutem Grunde (II 300 fl.) die Bahnen inne, die ihm in den verschiedenen Formularen übereinstimmend vorgezeichnet waren, und gerade dieser Umstand, die Gewöhnung an den Gedanken, daß es für jedes Geschäft eines besonderen Formulars bedürfe, wird den der späteren Zeit so geläufigen Gedanken, verschiedenartige Geschäfte und Formulare zu einem einzigen Stipulations-Ganzen zu verbinden, in alter Zeit nicht haben aufkommen lassen. Und wozu auch? Um das spondesne spondeo statt zehn Mal bloß ein Mal auszusprechen? Und um dieses Vortheils willen hätte man die sonst so strenge gehüteten Elementarbegriffe der juristischen Methode verleugnen und sich in die Lage versetzen sollen, aus dieser *einen* Stipulation auch eine einzige Klage (S. 40) zu geben?

Nur ein einziges Geschäft gab es, bei dem unser Grundsatz der Einfachheit nicht zur Anwendung kam und kommen konnte: das *Testament*. Dasselbe war nicht sowohl ein *einziges* Rechtsgeschäft, als ein ganzer *Complex* von Rechtsgeschäften verschiedenster Art: von Erbeseinsetzungen, Vermächtnissen, Freilassungen, Vormundschafts-Ernennungen. Alle diese Verfügungen, im übrigen von höchst verschiedenem juristischen Charakter, trafen nur darin zusammen, daß sie sämmtlich auf die Voraussetzung des

181) Das Individualitätsmoment fand in gewissen Schlagworten seinen formellen Ausdruck, ohne den schwerlich ein alter Jurist den bestimmten Contract angenommen haben würde, so z. B. die stipulatio *emti* in den Worten habere recte licere (vergl. die Beispiele bei Varro de re rust. II. 2, 3, 4), die stipul. *conducti* in den Worten: frui licere (Stellen bei *Dirksen* Manuale unter frui).

182) Varro de re rust. II. 2, 5.

Digitized by Google

Todes des Erblassers gestellt waren. Es ergibt sich daraus, wie verkehrt es sein würde, das Testament mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden auf eine Linie zu stellen. Das richtige Verhältniß ist vielmehr das, daß auf der einen Seite das Testament steht als Inbegriff sämmtlicher letztwilliger Rechtsgeschäfte, auf der andern Seite aber ihm gegenüber die Gesammtsumme aller denkbaren Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Das Eigenthümliche der letztwilligen Autonomie im Gegensatz zu der unter Lebenden besteht darin, daß, während letztere sich nur in einzelnen Akten äußert, sich aber nicht zu einem eine Menge einzelner Geschäfte enthaltenden Akte zu erheben vermag, jene in die Form eines alle letztwilligen Dispositionen umfassenden Gesammtaktes gebracht ist — ein Grundsatz, den das neuere römische Recht erst mit Einführung der Codicille verlassen hat. So repräsentirt uns das Testament gewissermaßen die eine Hälfte der gesammten Autonomie des Subjekts und verhält sich zu den bisher betrachteten Rechtsgeschäften unter Lebenden ungefähr ebenso, wie die Erbschaft zu den einzelnen Vermögensrechten, und wir dürfen dasselbe in Nachbildung der Ausdrücke Universal- und Singularsuccession etwa als Universalgeschäft gegenüber dem Singulargeschäft bezeichnen. Was die Römer veranlaßt hat, im Gegensatz zu dem für das letztere geltenden Grundsatz der nothwendigen Trennung für die letztwilligen Geschäfte umgekehrt den Grundsatz der nothwendigen Cumulation aufzustellen, ist nicht schwer abzusehen. Zunächst bietet sich ein historischer Grund dar in der ursprünglichen Form der Testamentserrichtung in der Volksversammlung. Ich habe mich früher (I 45) dafür ausgesprochen, daß das Volk die Testamente nicht bloß einfach zu vernehmen hatte, sondern daß es sie prüfen und mithin auch verwerfen durfte, und ich bin in der Lage, den dort benutzten Gründen noch einige andere auf die gegenwärtige Veranlassung bezügliche von erheblichem Gewicht hinzufügen zu können. Sollte dem Volke ein wirkliches Urtheil ermöglicht werden, so mußte der Testator ihm den ganzen von ihm entworfenen Plan der Beerbung mittheilen. Nur in diesem Ge-

Digitized by Google

sammtzusammenhange ließen die einzelnen Bestimmungen sich richtig beurtheilen, abgesehen davon eben so wenig, wie der einzelne Paragraph eines Contracts ohne Einsicht des ganzen Documents. Eine Disposition, welche bei Vorhandensein von Kindern keine Aussicht hatte, die Billigung des Volks zu erlangen, konnte bei Mangel derselben nicht dem mindesten Anstand unterliegen. Darum mußte das Volk wissen, woran es war, und darum mußte der ganze Erbschaftsplan demselben vorgelegt werden.

Welche Garantie gab es, daß der Testator wirklich den ganzen Plan vorlegte und sich nicht etwa auf diejenigen Bestimmungen beschränkte, welche aus dem Grunde der Sanction des Volks bedurften, weil sie eine Abweichung vom Gesetz enthielten, während er sich in Bezug auf die übrigen der Aussicht getröstete, daß die Intestaterbfolge zur Anwendung kommen würde? Die Antwort lautet: die Garantie lag darin, daß das Recht ihm die Aussicht auf die subsidiär zur Anwendung gelangende Intestaterbfolge völlig abschnitt. Diesen Zweck hatte meines Erachtens die bekannte Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Dieser Satz, über dessen Bedeutung in unserer Literatur so außerordentlich viel gänzlich Ungesundes und Abenteuerliches zu Tage gefördert ist, enthält meiner Ansicht nach ein so unentbehrliches Complement des alten testamentum in comitiis calatis, daß er unter ähnlichen Verhältnissen anderwärts sofort und unabweisbar wieder in Geltung treten müßte. Ohne ihn hätte jeder Testator das Volk hintergehen und seine Zustimmung zu Anordnungen erschleichen können, die dasselbe bei Vorlegung des gesammten Successionsplans nie gebilligt haben würde. Mittelst seiner war dafür gesorgt, daß ein Testator, der das Volk betrügen wollte, sich selber betrog, d. h. sich in seinen eigenen Schlingen fing.[182a])

182a) Wenn Unger, Verträge zu Gunsten Dritter (in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 59) gegen die obige Deutung einwendet, daß „ihr zu Folge der auf die Hälfte eingesetzte Erbe gar nicht hätte zur Erbfolge gelangen, sondern daß die Intestaterbfolge hätte eintreten müssen", so erwidere ich, daß,

Digitized by Google

Aber noch einen andern Ausweg gab es, den man ihm versperren mußte. Angenommen, seine Absicht ging darauf, einen seiner Söhne auszuschließen, er sah aber voraus, daß das Volk, wenn er diese Bestimmung ausdrücklich treffen wollte, seine Zustimmung verweigern würde. In diesem Fall konnte er auf den Gedanken verfallen, das Dasein des Sohnes völlig zu verschweigen; hatte das Volk den Testamentsentwurf einmal genehmigt, so hatte er seinen Zweck erreicht, und das Volk war hintergangen. Damit haben wir die Erklärung eines andern Satzes des altrömischen Erbrechts, nämlich des bekannten Satzes, daß der Testator seine sui entweder instituiren oder exherediren muß, nicht aber präteriren darf; thut er es dennoch, verheimlicht er also dem Volk das Dasein derselben, so fällt der beabsichtigte Betrug auf ihn selbst zurück, sein Testament wird je nach Umständen ganz oder zum Theil (das bekannte accrescere der Töchter und Enkel) nichtig, es tritt also bei dieser Erschleichung der Genehmigung des Volkes ganz dieselbe Wirkung ein, die das spätere Recht für das Erschleichen kaiserlicher Rescripte vorschreibt.[183]) Auch dieser Satz war vom Standpunkt der Verhältnisse aus, für die er berechnet war, in dem Maße nothwendig, daß er meiner Ueberzeugung nach bei gleichen Verhältnissen überall wieder zum Vorschein kommen müßte. Wenn derselbe auch noch nach der Aenderung der alten Testamentsform beibehalten ward, so hängt dies damit zusammen, daß er die einzige Handhabe bot, um einem Kinde, das entweder zur Zeit des Testaments noch nicht geboren oder aber vom Vater fälschlich für verstorben gehalten ward, den Zugang zum väterlichen Nachlaß zu eröffnen.

Der im Bisherigen entwickelte ursprüngliche historische

---

wenn ein Testator dem Volk einen so absonderlichen Testamentsentwurf eingereicht hätte, ihm sicherlich die Frage nicht erspart geblieben wäre: warum bloß auf die eine Hälfte, was soll mit der andern werden? Ein solcher Entwurf wäre also in der Versammlung entweder sofort rectificirt, oder, wenn der Testator sich dazu nicht verstand, vom Volk verworfen worden.

183) L. 2 Cod. si contra jus (I, 22) .... in tacendi fraude.

Digitized by Google

Grund für die attractive, sämmtliche letztwillige Bestimmungen erfassende Kraft des Testaments verlor mit der Verdrängung des öffentlichen durch das Privattestament, das testamentum per aes et libram d. i. mit dem durch die XII Tafeln ausdrücklich sanctionirten Grundsatz der Testirfreiheit (uti legasset super pecunia tutelave suae rei) seine Bedeutung. Wenn gleichwohl die römische Jurisprudenz noch geraume Zeit daran festhielt, so vermag ich den Grund davon nicht lediglich in dem Conservativismus der Römer zu erblicken — hat doch selbst unser heutiges Recht den Gedanken in der Gestalt, die er im spätern römischen angenommen hat, nämlich in seiner Beschränkung auf die Erbeseinsetzung aufrecht erhalten. Vielmehr müssen praktische Motive hinzugekommen sein, und sie bieten sich ungesucht dar in der aus einer Zersplitterung der einzelnen letztwilligen Akte leicht sich ergebenden Verwirrung und Unsicherheit und in dem dieser Gefahr begegnenden Bestreben, den Testator selber durch die vorgeschriebene Simultaneität seiner sämmtlichen letztwilligen Verfügungen zur einheitlichen Vergegenwärtigung ihres gegenwärtigen Ineinandergreifens, kurz zur Klarheit über seinen ganzen Successionsplan zu zwingen. Erst mit dem Aufkommen der Codicille ist der Grundsatz der Universalität des Testaments verlassen worden, worauf ich unten zurückkommen werde.

II. Der Gedanke der Concentration des Rechtsgeschäfts.

Die glückliche Idee der Concentrirung des Processes auf den Moment der Litis-Contestation findet ihr würdiges Seitenstück an dem alten Rechtsgeschäft. Wie der ganze Proceß sich um diesen einen Moment als seinen Angelpunkt dreht (S. 24 flg.), und der Richter bei der Beurtheilung des Streitverhältnisses weder frühere, noch spätere Ereignisse ins Auge zu fassen hat, so bildet in gleicher Weise für alle Fragen, welche sich auf die Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtsgeschäfts beziehen, der Moment der Vornahme desselben den Normalpunkt ihrer Beurtheilung. Auf

Digitized by Google

diesen Moment hat der Richter seinen Blick zu beschränken, alles Andere: das Frühere oder Spätere kümmert ihn nicht, das Rechtsgeschäft versteinert sich in gleicher Weise, wie das Streitverhältniß, in derjenigen Gestalt, die es in diesem Moment an sich trägt, unempfänglich gegen alle Einwirkungen der Zukunft oder Nachwirkungen der Vergangenheit, es hat weder eine Vorgeschichte, noch Nachgeschichte, es gehört lediglich diesem Moment an, der über sein ganzes Dasein, seine Voraussetzungen und seine Wirkungen entscheidet.

Der aufgestellte Grundsatz soll nach den drei Seiten, die für die Beurtheilung eines jeden Rechtsgeschäfts in Betracht kommen, nachgewiesen werden; es sind

1. der äußere Akt der Handlung als solcher
2. die Erfordernisse seiner Wirksamkeit (Thatbestand);
3. die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts.

1. Der äußere Akt der Handlung — Requisit der Einheit derselben.

Der Akt der Handlung muß ein einiger sein, er darf nicht gespalten, d. i. stückweise zu verschiedenen Zeiten vorgenommen werden. Aber wer wird, kann man fragen, auch wohl auf die Idee kommen, eine Handlung, die er in einem Moment vornehmen kann, zu theilen, den Anfang eines Satzes jetzt, das Ende nach einer Stunde auszusprechen? Gewiß! bei Rechtsgeschäften, welche in einem bloß momentanen Handeln einer einzigen Person bestehen, braucht die Einheit des Akts nicht erst vorgeschrieben zu werden, sie macht sich factisch ganz von selbst, es fehlt an jeder Versuchung zum Gegentheil. Ganz anders aber bei Rechtsgeschäften, welche, wie das mündliche Testament, regelmäßig eine längere Dauer in Anspruch nehmen, oder welche, wie die Verträge, ein Handeln mehrerer Personen erfordern. Bei ihnen hat das Recht, wenn es einmal die Einheit des Akts beachtet

Digitized by Google

wissen will, allen Grund, sie ausdrücklich zu fordern. Unsere Quellen erwähnen dieses Requisit zwar nur für das Testament, die Stipulation und die tutoris auctoritas,[184]) allein es unterliegt für mich nicht dem geringsten Zweifel, daß dasselbe für sämmtliche Geschäfte des älteren Rechts gegolten hat. Für die mancipatio (und mithin auch das nexum) und die in jure cessio erblicke ich eine indirecte Bestätigung desselben in dem Erforderniß der Gegenwart der Parteien. Für das Obligationenrecht hängt die Richtigkeit dieser Behauptung von dem an späterer Stelle zu erbringenden Beweise ab, daß die formlosen Verträge, bei denen der Satz bekanntlich nicht galt, ihre Klagbarkeit erst dem neuern Recht verdanken.

Mit dem nackten Aussprechen dieses Grundsatzes ist aber wenig gewonnen; einen wirklichen Werth kann er vielmehr nur dadurch gewinnen, daß wir uns seiner Consequenzen, sowie der Bedingungen seiner praktischen Durchführbarkeit bewußt werden, und das erreichen wir am ersten, wenn wir des Gegensatzes wegen einen Blick auf das spätere Recht werfen.

Bei allen Rechtsgeschäften, welche ein Handeln mehrerer Personen erfordern, ist die Einheit des Akts bedingt durch die Anwesenheit derselben an demselben Ort — Einheit des Akts oder der Zeit setzt Einheit des Raums voraus, Trennung im Raum bedeutet getrenntes Handeln. Will das Recht den Grundsatz der Einheit des Akts, so muß es zugleich den der Einheit des Raums aufstellen. Letzteres ist aber nur da durchführbar, wo der Raum, auf dem der Verkehr sich bewegt, ein so engbegrenzter ist, daß die Contrahenten ohne beträchtlichen Zeitverlust und große Unbequemlichkeiten sich jeder Zeit zu einander verfügen können; in demselben Maße, in dem der Verkehr sich geographisch ausdehnt, wird die Aufrechthaltung jenes Grundsatzes schwieriger und schließlich völlig

184) Für das Testament: L. 21 §. 3 qui test. (28. 1): uno contextu actus, für die Stipulation: L. 137 pr. de V. O. (45. 1) continuus actus (III 555), für die tutoris auctoritas §. 2 I. de auct. tut. (1. 21) statim in ipso negotio.

Digitized by Google

unmöglich — Boten, Telegramme, Briefe treten an die Stelle des persönlichen Erscheinens. So stellt sich also der Grundsatz der Einheit der Zeit und des Raums dar als wesentlich bedingt durch den geographischen Umfang der Handels- und Verkehrsbewegung, und es wird jetzt nicht minder begreiflich erscheinen, daß das ältere Rom bei seinem kleinen Stadtgebiet jenen Grundsatz aufstellen und durchführen konnte, als daß das spätere Rom sich von ihm lossagen mußte. Das alte *Rechtsgeschäft* und das alte *Staatsgebiet* standen in engster Beziehung; als letzteres sich mehr und mehr erweiterte, mußte das Rechtsgeschäft diesem Vorgange folgen, es hatte in seiner Weise sich ebenso von der Schranke des Raums frei zu machen, wie dies der Handel in der seinigen gethan hatte. Die althergebrachten Geschäfte des Civilrechts waren aber bereits zu sehr erstarrt, um dem entsprechend ihre ganze Structur ändern zu können; was ihnen abgerungen wurde, bestand nur in einzelnen Concessionen, die ich, weil sie durch ihren Gegensatz das alte Recht zu erläutern vermögen, schon an dieser Stelle mittheilen will.

Eine principielle Anerkennung hingegen fand jene Forderung bei den Verträgen des jus gentium, die uns ja das eigentliche Handelsrecht des römischen internationalen Verkehrs darstellen, und es gehört zu ihrer Signatur im Gegensatz zu denen des eigentlichen jus civile, daß sie den Gedanken der *Emancipation vom Raum* verwirklicht haben. Ihre Betrachtung liegt jenseits der Grenzen unserer Aufgabe, da ihre Entwickelung zu selbständigen, der Stipulation zu ihrer Klagbarkeit nicht mehr bedürftigen Contracten der dritten Periode anheimfällt: wir beschränken uns daher im Folgenden auf die Geschäfte des eigentlichen Civilrechts.

Wenn mehrere Miteigenthümer eine Prädial-Servitut erwerben oder bestellen wollen, so müssen sie dies nach älterm Recht gemeinsam mittelst *eines* Akts thun; nach neuerm können sie einzeln handeln.[185]) Wenn mehrere Legatare gemeinschaftlich ein Wahl-

185) L. 11 de S. P. R. (8. 3), L. 18. Comm. praed. (8. 4); über das folgende Beispiel im Text s. L. 8 §. 2 de opt. leg. (33. 5). Sämmtliche

Digitized by Google

recht auszuüben haben, so verstattet das neuere Recht jedem die abgesonderte Vornahme; daß das ältere sich dazu nicht verstanden haben kann, bedarf nicht der Bemerkung. Die Correalobligation begründet zwischen den verschiedenen Theilnehmern ein und dasselbe Obligationsverhältniß, consequenterweise erforderte daher die alte Jurisprudenz Begründung desselben durch einen einzigen Akt,[186] das neuere Recht hingegen verstattet getrenntes Handeln. Das ältere Recht verlangt, daß die Testamentszeugen gleichzeitig fungiren, das prätorische verstattet die Vornahme des einzigen Akts, von dem es die Bonor. poss. secundum tabulas abhängig macht (Versiegeln), für jeden abgesondert.[186a] Der Tutor eines Unmündigen muß seine auctoritas sofort ertheilen, also gegenwärtig sein, der Curator eines Minderjährigen kann seine Einwilligung vorher oder nachher erklären, also abwesend sein — eine Verschiedenheit, deren Grund ich nicht in der verschiedenen Auffassung des Wesens

---

Einzel-Akte bleiben aber so lange suspendirt, bis der letzte noch fehlende hinzugekommen ist; über die dabei nach neuerm Recht eintretende Gebundenheit der einzelnen Theilnehmer des Akts s. meine Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 466—468.

186) So mit Bezugnahme auf pr. I. de duob. reis (3. 16) und L. 12 pr. D. ibid. (45. 2): Ribbentrop Correalobl. S. 112 (das neuere Recht S. 114 das.) und Schrader ad §. 3 I. de fidejuss. (3. 20), welcher noch auf Plautus Trinummus V. 2, 39 verweist. Wurde von den mehreren Promittenten zuerst der eine, dann der andere mit den Worten: idem spondes? gefragt, so war dieser nur sponsor, also nur accessorisch verpflichtet. Salpius, Novation und Delegation, S. 169.

186a) Das Edict verlangt bloß sieben Siegel, wohl bemerkt nicht die Siegel der Testamentszeugen. Daher werden testes und obsignatores unterschieden, z. B. Cic. ad Att. XVI. 16, und es wurden viel mehr als sieben Personen zum Siegeln zugezogen, Cic. ad Att. VII. 2 §. 3, Sueton. Tiberius c. 76, ja der Testator selber drückte sein eigenes Siegel auf, Cic. Ep. ad Quint. III. 9; jedes weitere Siegel auf dem Faden, welcher das Testament verschloß, erschwerte die Fälschung der Siegel und damit die Möglichkeit der unbemerkten Oeffnung des Testaments. Eben so wenig verlangt das Edict das gleichzeitige Versiegeln, arg. §. 3 Inst. de test. (2. 10); der Vorfall bei Plinius Epist. II. 20 §. 10 ist sicherlich nicht in Gegenwart mehrerer Personen vorgekommen.

Digitized by Google

der tutoris auctoritas und des consensus curatoris, sondern lediglich darin erblicke, daß erstere dem älteren, letzterer dem neueren Recht angehört.

Der Grundsatz der Einheit der Handlung erlitt meiner Ansicht nach noch eine andere Anwendung, die unserer heutigen Vorstellung ziemlich fern liegt. Sie bestand darin, daß alle Nachträge zum Rechtsgeschäft ausgeschlossen waren. Der alten Jurisprudenz erschienen diese Nebenschößlinge des Rechtsgeschäfts als etwas nicht zu Duldendes, sie verlangte, daß alles, was mit dem Rechtsgeschäft gelten solle, auch mit ihm entstanden sein müsse. Die Wirksamkeit des alten Rechtsgeschäfts beschränkte sich darauf: ein Rechtsverhältniß zu begründen oder aufzuheben, es hat nicht die Macht, es zu modificiren. Wer letzteres beabsichtigte, mußte dies in der Weise bewerkstelligen, daß er das Verhältniß in der von ihm beabsichtigten Gestalt neu begründete,[187]) die alte Jurisprudenz duldete kein Flicken. Wie die lebenden Wesen den Körper, den sie bei der Geburt mit auf die Welt bringen, bis an ihr Ende beibehalten, so auch die Rechtsverhältnisse.

Daß darin eine Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Handlung liegt, wird keines Nachweises bedürfen. Jeder Nachtrag enthält ein vergessenes Stück Handeln, die Totalität des Handelns, die sich sonst in dem einen Akt des Rechtsgeschäfts concentrirt, zersplittert und zerstreut sich, wenn man Nachträge zuläßt, in einzelne Akte und Zeitmomente, dieses Stück des Rechtsverhältnisses entsteht in diesem, jenes in jenem Moment — die Einheit der Zeit ist preisgegeben.

Auch nach dieser Richtung hin hat die neuere Jurisprudenz sich bis zu einem gewissen Grade von dem Grundsatz der Einheit der Handlung losgesagt, wie folgende Fälle zeigen werden.

---

187) So beim Testament: L. 21 §. 1 Qui test. (28. 1) Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Ebenso bei der Obligation durch Novation; eine Modification der Obligation durch Zusätze, wie sie später das prätorische Edict in Form des constitutum zuließ, war dem ältern Recht fremd.

Digitized by Google

Nach älterm Recht mußte der Testator des unbedeutendsten Nachtrages wegen das ganze Testament von neuem machen, das neuere überhebt ihn dieser Mühe, indem es ihm zu dem Zweck die Form des Fideicommisses und Codicills zur Verfügung stellt. Der Fortschritt, den die Idee des Codicills für die Geschichte des römischen Erbrechts bezeichnet, besteht nicht in der Einführung der Formlosigkeit — das war im Gegentheil eine Verschlechterung, und das spätere Recht ist mit gutem Grunde zur Form zurückgekehrt — sondern in der theilweisen Losreißung von dem Grundsatz der Concentrirung des letzten Willens zu einem Akt (S. 148), kurz in der Ermöglichung eines Singulargeschäfts auf dem Gebiet des Erbrechts.

Nach Abschluß des Vertrages werden die Parteien noch über einige Abänderungen einig: welche Kraft haben dieselben? Nach älterm Recht gar keine, denn wenn einmal die Worte der Stipulation gesprochen sind, so ist letztere für immer fixirt, und es hätte, um jene Bestimmungen nachzutragen, eines neuen Stipulationsaktes bedurft.[187a]) Nach neuerm dagegen muß man unterscheiden, ob sie sofort d. h. im unmittelbaren Anschluß an den Akt, oder ob sie erst später getroffen sind. Im ersten Fall fügen sie sich noch als integrirende Bestandtheile dem Rechtsgeschäft selber ein und zwar sowohl bei den bonae fidei Contracten als bei der Stipulation,[188]) im letztern Fall haben sie eine positive (d. h. Klage erzeugende) Wirkung nur dann, wenn sie sich unter den Gesichtspunkt eines neuen Contractsabschlusses bringen lassen, sonst d. h. also in ihrer Gestalt als Zusätze haben sie nur eine negative

187a) Eine solche Frage, wie die von Pomponius und Ulpian in L. 7 §. 6 de pact. (2. 14): si igitur in totum (abiri ab emtione) potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? wäre im Munde eines alten Juristen undenkbar gewesen, sie implicirt eine gänzlich andere Auffassung vom Rechtsgeschäft.

188) Für jene L. 7 §. 5 de pact. (2. 14) .. ex continenti .. in ingressu contractus. L. 72 de cont. emt. (18. 1), für diese L. 40 de R. Cr. (12. 1).

Digitized by Google

(Exceptions-) Wirkung.[189]) Zu dem Gedanken einer positiven Kraft des Nachtrages wollte selbst die spätere Jurisprudenz trotz ihrer sonstigen Freiheit von den Traditionen der alten Methode sich nicht verstehen — sicherlich nicht darum, weil derselbe ihrem juristischen Auffassungsvermögen als etwas Unmögliches erschienen wäre (wie etwa die Idee eines Nachzeugens), sondern weil sie eine solche Zersplitterung für praktisch bedenklich hielt. Den einzigen mir bekannten Ausnahmsfall enthält die act. de pecunia constituta des prätorischen Edicts; die Ausnahme bestand aber nicht darin, daß das Constitutum die ursprüngliche Schuld selbst modificirt hätte — unter dieser Voraussetzung hätte es verstattet sein müssen, den Inhalt des Constitutums mit der ursprünglichen Contractsklage geltend zu machen — sondern darin, daß hier ein zu dem Hauptvertrag hinzukommender accessorischer Vertrag als selbständiger Verpflichtungsgrund anerkannt ward. Das Constitutum bietet uns demnach ein Seitenstück zu dem Codicill; beide überheben den Urheber des Rechtsgeschäfts der Nothwendigkeit, eines einzelnen späteren Zusatzes wegen das ganze Geschäft von neuem vorzunehmen.

Zwei Rechtsgeschäfte scheint aber das ältere Recht gekannt zu haben, welche unserm Princip der Einheit des Akts spotteten: die Emancipation und Adoption. Beide erforderten nämlich statt eines einzigen Aktes bei Söhnen sechs oder sieben, bei Töchtern und Enkeln zwei Akte, und diese einzelnen Akte konnten wiederum durch einen längeren Zwischenraum getrennt sein (III 532). In der That handelte es sich aber bei ihnen nicht um ein in mehrere Stücke zerfallendes einiges Rechtsgeschäft, sondern um einen

189) L. 72 cit. L. 7 §. 6 de pact., L. 14 Cod. ibid. (2. 3), L. 44 §. 2 de O. et A. (44. 7). Die Exceptionsform zeigt, daß der Zusatz kein Stück des ursprünglichen Vertrages wird, ihm vielmehr als etwas Selbständiges äußerlich gegenübertritt. Auch wenn die ältere Jurisprudenz die Form der Exception gekannt hätte, würde sie doch des obigen Grundsatzes wegen solchen spätern Verträgen, welche die ursprüngliche Obligation nicht völlig aufheben, sondern bloß modificiren sollten, die Exceptionswirkung abgesprochen haben.

Digitized by Google

Complex einzelner selbständiger Rechtsgeschäfte; jedes derselben erzeugte sofort seine bestimmte Wirkung; wenn inzwischen die Handelnden andern Sinnes wurden, konnten sie abbrechen, wo sie wollten, das Kind in der väterlichen Gewalt oder im Mancipium lassen, sowie bei abermaliger Willensänderung die Sache aufnehmen, wo dieselbe zuletzt stehen geblieben war — ein Verfahren, das bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft z. B. dem Testament schlechterdings undenkbar war.

So galt denn der Grundsatz der Einheit der Handlung für das ältere Recht ganz ausnahmslos — ein zerstückeltes Handeln, es bestehe darin, daß mehrere Personen, die gemeinsam ein Verhältniß zu errichten haben, abgesondert die einzelnen Akte vornehmen, oder darin, daß die Handelnden dem Rechtsgeschäft spätere Zusätze hinzufügen — ein solches Handeln hatte für das ältere Recht gar keine Wirkung.

2. Die Erfordernisse der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts — Präsenz des Thatbestandes.

Zu dem Akt der Handlung gesellen sich noch verschiedene Erfordernisse hinzu, welche theils die persönliche Fähigkeit des Handelnden, theils den Gegenstand und den Inhalt des Rechtsgeschäfts, theils gewisse durch den Zweck desselben gebotene Voraussetzungen betreffen. In welchem Moment müssen dieselben vorhanden sein? Darauf ertheilt das ältere Recht die Antwort: im Moment der Handlung, und man möchte glauben, daß eine andere Antwort kaum möglich sei, denn wie kann das Dasein jener Voraussetzungen in einem früheren oder späteren Moment ihren Mangel in demjenigen Moment, wo sie alle zusammentreffen müssen, um die an sie geknüpfte Wirkung hervorzurufen: im Moment der Handlung ersetzen? Was nützt es dem Jäger, der im Moment, wo er schießen soll, zwar ein Gewehr, aber kein Pulver hat, daß er früher Pulver gehabt hat oder es später bekommen wird?

Schwerlich werde ich nöthig haben, den Schein logischer Noth-

Digitized by Google

wendigkeit, den dieser Vergleich eines juristischen Vorganges mit einem natürlichen hervorrufen mag, zu zerstören, und schwerlich ist es eine solche falsche naturhistorische Anschauung, sondern sicherlich sind es praktische Gründe gewesen und zwar dieselben, die wir bereits bei dem Grundsatz der Einheit der Handlung hervorgehoben haben, welche die alte Jurispudenz bestimmten, das obige Erforderniß aufzustellen. War dieselbe aber wirklich von dem Vorurtheil beseelt, als ob sich ein Handeln nicht anders als in jener Weise *denken* lasse, so ist wenigstens die spätere Jurisprudenz durch den Fortschritt des Verkehrs und den Drang der Verhältnisse gezwungen worden, sich des Vorurtheils zu entschlagen und sich bewußt zu werden, daß ein Handeln in Erwartung und unter Voraussetzung des künftigen Eintritts seiner Erfordernisse, oder kurz ausgedrückt: ein *anticipirtes* Handeln durchaus nichts Widersinniges hat. Man vergleiche einmal das spätere Pfandrecht. Die bis an die äußerste Grenze der Möglichkeit getriebene Ausnutzung des Realcredits im spätern römischen Verkehr und die damit gleichen Schritt haltende technische Toleranz der römischen Jurisprudenz verstieg sich bis zu dem Punkt, daß man den *Akt* der Verpfändung vornehmen konnte zu einer Zeit, wo noch alle und jede Voraussetzungen zum Pfandrecht fehlten: die Forderung, der Gegenstand, das Eigenthum des Verpfänders — ein nackter, abstracter Akt, ein Beutel ohne Inhalt, ein Rechtsgeschäft „in blanco“!

Vergleicht man den Entstehungsproceß eines solchen erst nach seiner formellen Vornahme sich inhaltlich ergänzenden und füllenden Rechtsgeschäfts mit dem eines von Anfang an in sich fertigen, so besteht die Verschiedenheit darin, daß dieser Entstehungsproceß sich bei jenem über einen ganzen *Zeitraum* hinzieht, bei diesem hingegen in einen einzelnen *Zeitpunkt* fällt, daß dort die einzelnen Erfordernisse *hinter* einander, hier *neben* einander auftreten — ein Gegensatz, den wir passend als *successive* und *simultane Entstehungsweise der Rechtsgeschäfte* bezeichnen können.

Digitized by Google

Es liegt auf der Hand, daß derselbe von eingreifender Bedeutung ist. Verstattet man einmal die Anticipation des Rechtsgeschäfts, so drängt die Consequenz mit Nothwendigkeit auch zur Zulassung der Ratihabition und Convalescenz desselben. Denn wenn einmal das Gesetz der Gleichzeitigkeit in der Richtung aufgegeben ist, daß der constitutive Wille, der sich in der Handlung ausspricht, dem sonstigen Thatbestand des Rechtsgeschäfts voraneilen kann (Anticipation), warum sollte er ihm nicht umgekehrt auch nachfolgen können (Ratihabition), und wenn das Rechtsgeschäft durch ausdrückliche Willenserklärung ergänzt werden kann, was läßt sich gegen die Idee einwenden, daß es auch ohne solche Erklärung durch bloßes objectives Eintreten seines Thatbestandes nachreifen könne (Convalescenz)? Alle diese drei Begriffe sind aufs Engste mit einander verwandt; sie beruhen sämmtlich auf dem Gedanken der successiven Entstehungsweise.

Solche langgestreckte Rechtsgeschäfte, wie sie bei dieser Entstehungsweise zu Tage treten, wären dem älteren Recht sicherlich als civilistische Mißgeburten erschienen. Der Typus des Rechtsgeschäfts der alten Zeit ist ein völlig anderer. Dasselbe hat ein bloß punktuelles Dasein, die Minute oder Sekunde, in die seine Vornahme fällt, entscheidet bei ihm über Sein und Nichtsein; von der Zeit hat es nichts zu hoffen und nichts zu fürchten; was ihm fehlt, kann die Zukunft ihm nicht geben, was es einmal hat, ihm nicht entziehen, es ist von vornherein fertig, fest und unabänderlich. Nur zwei Ausnahmen läßt das ältere Recht zu: das Testament und die bedingte Obligation (s. u.); beide erwarten die Entscheidung über ihre Existenz erst von der Zukunft, befinden sich also bis dahin im Zustande objectiver Unentschiedenheit, des Werdens (der Pendenz). Wir wenden uns zunächst der Regel zu.

Sie wird in unsern Quellen in einer doppelten Fassung anerkannt, in der positiven: über die Existenz des Rechtsgeschäfts

Digitized by Google

entscheide die Zeit des Abschlusses,[191] in der negativen: was von Anfang an ungültig sei, könne durch spätere Ereignisse nicht zu Kräften kommen.[192] Außer diesen allgemeinen Aussprüchen enthalten unsere Quellen noch eine Reihe einzelner Anwendungsfälle, welche der folgenden Darstellung als Grundlage dienen.

Die erste Voraussetzung der Gültigkeit einer jeden Handlung ist die persönliche Fähigkeit der handelnden Personen, und an diesem Requisit hält noch das neuere Recht so streng fest, daß es die Umgehung desselben sei es in Form der Anticipation sei es in der der Ratihabition oder der Convalescenz fast ausnahmslos verwirft.[193] Eine eigenthümliche Gestalt nahm dieses Erforderniß beim Testament an, insofern es nämlich nicht auf die dabei thätigen Personen: den Testator und die Zeugen beschränkt, sondern auch auf die honorirten Personen, gleich als ob dieselben dabei ebenfalls wenigstens geistig in Thätigkeit träten, erweitert ward. Eine Consequenz davon war, daß sie selbst nicht auf den Fall der künftigen Fähigkeit bedacht werden konnten — ein Gesichtspunkt, aus dem sich auch die ursprüngliche Unzulässigkeit der Einsetzung von postumi erklärt.[194]

Die persönliche Fähigkeit, sowohl die Rechts- als Handlungs-

---

191) Für die Stipulation: L. 26 de stip. serv. (45. 3): ex praesenti vires accipit. L. 78 pr. de V. O. (45. 1): id tempus spectatur, quo contrahimus. L. 83 §. 5 L. 137 §. 6 ibid., L. 144 §. 1 de R. J. (50. 17); für Vermächtnisse: die regula Catoniana L. 1 pr. de reg. cat. (34. 7), L. 41 §. 2 de leg. I. (30), neueres Recht: L. 5 ibid. reg. caton. ad novas leges non pertinet; für letztwillige Bestimmungen überhaupt L. 201 de R. J. (50. 17) . . si initium sine vitio ceperint.

192) L. 210 de R. J. (50. 17) . . ex postfacto convalescere non potest. L. 41 §. 2 de leg. I. (30).

193) Wo der Schein des Gegentheils besteht, verbirgt sich regelmäßig unter dem Gewand der Convalescenz oder Ratihabition eine neue, formlose Wiederholung des Rechtsgeschäfts, s. z. B. L. 1 §. 1 de leg. III. (32), L. 65 §. 1 de R. N. (23. 2), jedoch L. 7 §. 18 de pact. (2. 14).

194) Neueres Recht: Einsetzung der postumi und unfähiger Personen auf den Fall der Fähigkeit L. 62 pr. de her. inst. (28. 5), L. 51 pr. de leg. II. (31).

Digitized by Google

fähigkeit, braucht nur im Moment der Handlung vorhanden zu sein,[195]) der spätere Wegfall derselben ist für das Rechtsgeschäft, welches als Akt keine Dauer hat, völlig gleichgültig; inwieweit das Rechtsverhältniß dadurch betroffen werden kann, gehört nicht hierher. Daß und warum bei pendenten Rechtsgeschäften die Fortdauer der persönlichen Rechtsfähigkeit erforderlich ist, kann erst unten entwickelt werden.

Die zweite Voraussetzung des Rechtsgeschäfts ist die juristische Möglichkeit seines Inhalts. Die neuere Jurisprudenz läßt in manchen Fällen Verträge auf den Fall der künftigen Möglichkeit zu,[196]) von der ältern haben wir kein Beispiel.

Die dritte Voraussetzung ist das Vorhandensein der concreten Verhältnisse, durch welche die Wirksamkeit der Disposition bedingt ist, z. B. des Eigenthums, wenn es sich um eine Verfügung handelt, die nur der Eigenthümer mit Erfolg treffen kann, der Delation des Erbrechts, wenn die Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen werden soll. Gerade nach dieser Seite hin hat das neuere Recht sich weit von den Traditionen der alten Theorie entfernt, wie die folgende Darstellung zeigen wird.

„Was man selber nicht hat, kann man auch nicht auf einen Andern übertragen" — folglich, fügt das ältere Recht hinzu, auch nicht vorher, bevor man es hat; das neuere setzt sich über diese vermeintliche Consequenz hinweg.[197])

„Was man nicht hat, kann man nicht aufgeben" — folglich, sagt das ältere Recht, auch keine Erbschaft ausschlagen,

---

195) L. 2 qui test. (28. 1) . . ejus temporis, quo testamentum facit.

196) z. B. L. 61 de cont. emt. (18. 1), L. 31 L. 98 de V. O. (45. 1), L. 41 §. 2 de leg. I. (30), L. 98 de cond. (35. 1), s. jedoch L. 34 §. 2 de cont. emt. (18. 1), L. 83 §. 5 de V. O. (45. 1).

197) L. 4 §. 6 de off. proc. (1. 16) . . est enim perquam absurdum, antequam ipse jurisdictionem nanciscatur ... alii eam mandare, quam non habet, gleichwohl läßt der Jurist die eventuelle Uebertragung der Jurisdiction zu. Andere Beispiele: die Verpfändung zukünftiger Sachen, die Cession betagter (L. 43 Mand. 17. 1) und bedingter (L. 73 §. 1 ad leg. Falc. 35. 2) Forderungen.

Digitized by Google

bevor sie deferirt ist[198]) — ein Satz, an dem auch noch das neuere römische Recht festgehalten hat, der aber heutzutage seit Aufkommen der Erbverzichte ebenfalls nicht mehr gilt.

„Was Einem nicht angeboten, kann man auch nicht annehmen" — folglich, sagt das ältere Recht, keine Erbschaft, bevor sie deferirt ist. Das neuere Recht setzt sich bei der Bonorum possessio darüber hinweg, indem es eine Agnoscirung derselben schon vorher verstattet (intra alienam vicem), bevor der Betreffende berufen ist.

Dispositionen, welche zu ihrer Wirksamkeit das Eigenthum voraussetzen, z. B. die Freilassung des Sklaven,[199]) das Vindicationslegat,[200]) erfordern nach älterem Recht das Dasein desselben im Moment ihrer Vornahme. Ganz dasselbe wird auch für die Obligation gegolten haben, wo ihr Dasein die Voraussetzung eines andern Rechtsgeschäfts bildete, wie dies z. B. bei der Novation, der Bürgschaft der Fall war. Ganz anders das neuere Recht, dasselbe verstattet anstandslos die Novation, Delegation, Acceptilation einer bedingten, und die Verbürgung für eine zukünftige Schuld.[201])

An letzterer würde das alte Recht ganz besonders Anstoß genommen haben,[202]) denn es erblickt in der Bürgschaft ein Accesso-

198) L. 18 de acq. her. (29. 2): Is potest repudiare, qui et acquirere potest. In allgemeiner Fassung: L. 174 §. 1 de R. J. (50. 17): quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.

199) L. 20 qui man. (40. 9); Convalescenz nach neuerm Recht in dem Fall der L. 20 §. 1 de cond. inst. (28. 7).

200) Bei fungiblen Sachen genügte das Eigenthum im Moment des Todes, bei nicht fungiblen mußte es außerdem im Moment der Testamentserrichtung vorhanden sein. Gaj. II. 196.

201) Novation L. 8 §. 1 de novat. (46. 2), s. jedoch L. 41 de cond. (35. 1), Delegation L. 8 §. 2 de nov. (46. 2), Acceptilation L. 12 de acc. (46. 4), Bürgschaft in Form der fidejussio §. 3 I. de fidej. (3. 20), L. 6 §. 2 de fidej. (46. 1), Constitutum L. 19 pr. de pec. const. (13. 5).

202) Daß eine Verbürgung für eine zukünftige Schuld in Form der sponsio und fidepromissio nicht möglich gewesen, nimmt auch Schrader ad §. 3 I. cit. an.

Digitized by Google

rium der Hauptschuld;[202a]) daß aber das Accessorium der Hauptsache vorangehen sollte, erschien dem ältern Recht als etwas Widersinniges.[203])

Das vierte Erforderniß eines jeden Rechtsgeschäfts ist die Angabe des concreten Willensinhalts, also die des Gegenstandes, der Summe, des Rechts, der gegenüberstehenden Person. Daß auch diese Momente ins Ungewisse gestellt werden können, lehrt das spätere und (rücksichtlich der Personen) das heutige Recht. Der Testator legirt „so viel, als der Legatar den Gesetzen nach von der Masse bekommen kann",[204]) der Promittent verspricht „so viel, als das Urtheil erkennen oder als ein anderer schuldig werden werde".[205]) Der Arrogator eines Unmündigen verheißt dessen Nachlaß, im Fall derselbe während der Unmündigkeit versterben sollte, „denen, welchen er gebührt",[206]) der Auslobende heutzutage den Lohn „dem, der die Leistung vornimmt", der Wechsel wird indossirt ohne Angabe des Indossatars (in blanco) — kurz dieser Gedanke der Erstreckung des Rechtsgeschäfts auf unbestimmte Verhältnisse und Personen hat im spätern römischen und im heutigen Recht eine sehr weite Ausdehnung erhalten. Daß das ältere Recht ihm keinen Zutritt gewähren konnte und gewährt hat, braucht nicht erst gesagt zu werden.[207]) Es war ein Gedanke, dem die Jurisprudenz ohne

---

202a) Gaj. III. 119 „accedere".

203) Einen Beleg gewährt der Satz, daß der testirende Vater das Pupillartestament nach dem seinigen errichten muß; dieses ist das „principale", jenes die „sequela", die secundae tabulae L. 2 §. 2 de vulg. subst. (28. 6), §. 5 I. ibid. (2. 16), der Testator darf aber nicht „convertere ordinem scripturae" L. 2 §. 4 L. cit. S. auch III. 621.

204) L. 51 pr. de leg. II. (31).

205) L. 9 Jud. solv. (46. 7), L. 55 de fidej. (46. 1), L. 89 de V. O. (45. 1), L. 8 §. 2 de novat. (46. 2).

206) Ueber den Kunstgriff, den die Juristen dabei anwendeten, nämlich die Vertretung der künftigen Interessenten durch den servus publicus, s. §. 56.

207) Beispiele der entgegengesetzten Behandlungsweise: L. 20 pr. de test. tut. (26. 2), L. 6 §. 1 quod cuj. (3. 4) cf. L. 3 de proc. (3. 3). Daß der cognitor ursprünglich unbestimmt und generell hätte ernannt werden können (Keller Civilpr. §. 52), halte ich für völlig unmöglich.

Digitized by Google

die größte Gefahr für die Ordnung und Festigkeit des Rechts sich erst hingeben durfte, als sie, im sichern Besitz der technischen Meisterschaft, der engen Formen und strengen Regeln entrathen konnte, durch welche die ältere sich die technische Beherrschung des Rechts hatte ermöglichen müssen. Daß jene völlig elastische, nach allen Seiten hin offene Structur des Rechtsgeschäfts eine große Gefahr in sich schließt, wer könnte sich das verhehlen? Von der höchsten Freiheit bis zur Ungebundenheit und Anarchie ist auch nur ein Schritt, und es war ein richtiges Gefühl, welches die alte Jurisprudenz leitete, hier, wie so oft, der Sicherheit des Rechts vor der Bequemlichkeit den Vorzug zu geben.

War jene zu theuer erkauft? Verkümmerten die knappen Formen, in die man das Rechtsgeschäft wies, dem Verkehr das nöthige Maß der freien Bewegung? Die folgende Betrachtung soll darauf die Antwort ertheilen.

Kein Verkehr, und wäre er noch so wenig entwickelt, vermag sich ausschließlich auf die Verhältnisse der Gegenwart zu beschränken; schon die einfachsten Bedürfnisse treiben den Menschen in die Zukunft, und das Recht muß ihm die Möglichkeit gewähren, sich die Zukunft zu sichern. Wer könnte, wenn er für das von ihm zu bauende Haus einer Servitut bedarf, warten, bis dasselbe gebaut ist, oder wenn er über ein halbes Jahr eine Wohnung nöthig hat, bis dahin den Miethcontract aufschieben? Daraus ergibt sich für den Rechtsverkehr die Nothwendigkeit des dies ex quo. Allein der dies reicht nicht aus. Die Dispositionen für die Zukunft hängen in ihrer Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit oft noch von zukünftigen ungewissen Thatsachen ab; dürfte man sie nur schlechthin treffen, so müßte man sich in manchen Fällen ihrer gänzlich enthalten. Darauf beruht das Verkehrsbedürfniß der Bedingung. Erst sie verleiht der Idee der rechtlichen Beherrschung der Zukunft ihren vollständigen praktischen Abschluß, indem sie das Mittel gewährt, Combinationen, Berechnungen, Erwartungen, kurz das bloß Mögliche mit derselben Sicherheit, als wäre es bereits wirklich, in den Kreis der ge-

Digitized by Google

schäftlichen Operationen zu ziehen — sie befreit den Verkehr von der Schranke der Gegenwart, indem sie es der Partei ermöglicht, die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen.[208])

Für den Verkehr unter Lebenden verweist das ältere Recht jenen Gedanken der freien Disposition über die Zukunft ausschließlich in die Form der bedingten und betagten Obligation, für das Testament realisirt es ihn theils durch den Grundsatz der freien Widerruflichkeit desselben, theils durch Zulassung des dies und der conditio.

Alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden mit Ausnahme der Obligation sind auf die Gegenwart beschränkt; der zunächst für die Klagformen des alten Processes und die in jure cessio ausgesprochene Satz: daß sie sämmtlich auf die Gegenwart lauten,[209]) gilt auch für die Formeln der Rechtsgeschäfte. Darin liegt die Ausschließung sowohl des dies als der conditio.

Von der Bedingung kennt das alte Recht nur eine Art: die

208) Die im Text entwickelte Bedeutung der Bedingung ist von den römischen Juristen mit gewohntem Takt vollkommen richtig erfaßt, indem sie das Moment des Zukünftigen in die Definition der Bedingung aufnehmen und als Kriterium der echten Bedingung den Zustand der objectiven Unentschiedenheit oder Pendenz d. h. des Werdens bezeichnen; ein bedingtes Geschäft ist ihnen ein werdendes, aber ein solches, welches die gesetzlichen Bedingungen seines Werdens bereits vollständig in sich trägt und nur noch ein seinem abstracten Thatbestand fremdes, aber für den concreten Entschluß wesentliches Moment zu überwinden hat. Es gereicht unserer Jurisprudenz nicht zur Ehre, daß sie diesen so einfachen und doch so treffenden, tiefen und wahren Gesichtspunkt bisher so gänzlich übersehen konnte, während sie nicht müde ward, in echt scholastischer und meines Erachtens ebenso unergiebiger wie unerquicklicher Weise den logischen Mechanismus der Bedingung zu erörtern und mit ameisenartiger Geschäftigkeit das Detail der Lehre von den Bedingungen zu durchwühlen. Die obige Auffassung, in der meines Erachtens der ganze Zweck und damit das praktische Wesen der Bedingungen beschlossen liegt, ist neuerdings angenommen worden von Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871 S. 4.

209) Vat. fr. §. 49 nulla legis actio prodita est de futuro.

Digitized by Google

Suspensivbedingung; die Resolutivbedingung ist ganz jungen Datums.[210]) Wenn es jene ausschließlich auf die Obligation beschränkt,[211]) den Verkehr also überall, wo der Entschluß zu irgend einem Geschäft noch von zukünftigen Umständen abhängt, auf die indirecte Anticipirung desselben in Form des bedingten Versprechens verweist, so dürfen wir diesem Gedanken den Ausdruck geben: das ältere Recht proklamirt für alle Geschäfte den Grundsatz der Reife. Wie sie im Moment ihrer Vornahme reif sein sollen rücksichtlich des Thatbestandes, so auch rücksichtlich des Entschlusses; wo zu letzterem etwas fehlt, soll man mit der Vornahme des Geschäfts noch warten und sich vorläufig mit der Form, die das Recht für diesen Zweck in Bereitschaft hält: der Obligation, begnügen.

Für gewisse Geschäfte ist aber auch der Gebrauch dieses Mittels ausgeschlossen, sie dulden also weder die directe, noch die indirecte Anticipation, insbesondere die des Familienrechts. Zur Eingehung einer Ehe soll man nach römischer Auffassung sich

---

210) Sie verstößt nämlich gegen den Grundsatz der Einfachheit des Rechtsgeschäfts (S. 134), denn in ihrer ursprünglichen Gestalt war sie nichts als eine dem Hauptgeschäft hinzugefügte, auf Rückgabe gerichtete Nebenobligation unter einer Suspensivbedingung, ihre Betrachtung fällt daher dem dritten System anheim. — Dieser Gedanke ist seit Erscheinen der ersten Auflage von mir des Weitern ausgeführt in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 527 flg.

211) Die Vat. fr. §. 329 erwähnen als Fälle der Unzulässigkeit der Hinzufügung einer Bedingung: die Bestellung eines cognitor, die mancipatio, acceptilatio (L. 4 de accept. 46. 4) und expensilatio; zu ihnen fügt L. 77 de R. J. (50. 17) hinzu: die hereditatis aditio, servi optio und datio tutoris (L. 6 §. 1 de tut. 26. 1) und L. 8 de auct. (26. 8) die tutoris auctoritas. Ueber die in jure cessio s. Note 208; die manumissio vindicta braucht nicht erst erwähnt werden. Wenn Adolf Schmidt (Bekker Jahrbuch III. S. 263) für die persönlichen Servituten die Zulässigkeit der Bestellung unter einer Bedingung nach jus civile behauptet, so enthalten die von ihm beigebrachten Stellen dafür keinen Beweis, sie sprechen theils nämlich bloß vom dies ad quem, theils von der deductio servitutis; daß von beiden ein Schluß auf den dies ex quo und die Bedingung beziehungsweise die in jure cessio nicht statthaft ist, zeigt der Vergleich von Vat. fr. §. 49 u. 50.

Digitized by Google

nicht im voraus verpflichten (die Sponsalien sind rechtlich unverbindlich), eben so wenig zur Aufhebung derselben. Dasselbe gilt von der Emancipation, Adoption und Arrogation. Alle diese Akte haben nach Ansicht des Rechts nur Werth, wenn sie im Moment ihrer Vornahme frei gewollt werden. Ganz dasselbe nimmt das römische Recht auch für die beiden erbrechtlichen Akte: die Errichtung des Testaments und die Antretung der Erbschaft (II. 226) an, und es beschränkt sich demnach die Möglichkeit der Benutzung der Obligation (mit und ohne Zusatz von dies und conditio) als eines Sicherungsmittels der demnächstigen Vornahme des Rechtsgeschäfts oder um es mit einem Wort auszudrücken: der indirecten Anticipirung (obligatorischen Discontirung) des Rechtsgeschäfts lediglich auf den vermögensrechtlichen Verkehr unter Lebenden.

Werfen wir jetzt die Frage auf, ob die alte Jurisprudenz damit das Richtige getroffen, so möchte es schwer sein, dies in Abrede zu stellen. Allerdings würde es für den Betheiligten ungleich vortheilhafter sein, wenn er sich das künftige Recht anstatt auf obligatorischem auf dinglichem Wege sichern könnte d. h. mit der Wirkung, daß dasselbe mit Eintritt des Tages oder der Bedingung von selbst ihm zufiele. Und in der That hat das spätere römische Recht diesen Weg eingeschlagen, theils nämlich beim Eigenthum durch Zulassung der bedingten Tradition — hier ankert das Verhältniß aber doch noch mit dem Erforderniß des gegenwärtigen Eigenthums des Bestellers und dem äußern Akt der Besitzübertragung in dem festen Grunde der Gegenwart; theils durch Zulassung der Verpfändung zukünftiger Sachen — hier treibt es, so zu sagen, ohne allen Halt und ohne feste Richtung auf hoher See umher. Diese letztere Form wäre der bloßen juristischen Idee nach die vollkommenste, aber vom ökonomischen, legislativ-politischen Standpunkte aus ruft sie die gewichtigsten Bedenken wach, und der Umstand, daß unsere modernen Hypothekengesetze mit Aufstellung des Grundsatzes der Specialität sich zum großen Theil wiederum von ihr losgesagt haben, kann uns lehren, daß sie dem wirklichen In-

Digitized by Google

teresse des Verkehrs eher schädlich, als förderlich ist. Durch die Idee der privatrechtlichen Autonomie ist sie keineswegs geboten. Wie ließe sich auch der Anspruch rechtfertigen bei Verhältnissen, die ganz auf die Zukunft gestellt sind, derselben Sicherheit theilhaftig zu werden, die das Recht für diejenigen von ihnen bietet, welche auf dem realen Grunde der Gegenwart ruhen, worauf ließe sich die Berechtigung gründen, statt der Person des Versprechenden die künftigen Verhältnisse, bevor sie noch existiren, in Banden zu schlagen? So kann ich also mein Gesammturtheil nur dahin abgeben, daß die alte Jurisprudenz im Wesentlichen das völlig Richtige traf, wenn sie die Dispositionen über künftige Verhältnisse in die Form der bedingten und betagten Obligation verwies.

Vom Standpunkt der Technik aus knüpft sich an die bedingte Obligation ein eigenthümliches Interesse, nämlich das einer Erscheinung, zu der uns das alte Recht sonst kein Gegenstück darbietet: der *successiven* Entstehung des Rechtsgeschäfts. Denn während die *betagte* Obligation *sofort* zur Existenz gelangt, indem der Tag nur ihre *Erfüllung* hinausschiebt (s. u.), befindet sich die bedingte bis zum Eintritt der Bedingung in dem Zustand des *Werdens*, der *Bildung* — ein Zustand, den das Recht (ich möchte fast sagen: ähnlich wie beim nasciturus!) durch das Verbot aller störenden Eingriffe in den ruhigen Verlauf des Entwicklungsprocesses in Schutz nimmt.[212]) Wie beim nasciturus von der Conception bis zur Geburt zieht sich hier der Entstehungsproceß des Rechtsgeschäfts von dem Akt seiner Vornahme bis zum Eintritt der Bedingung hin, er füllt einen *Zeitraum*, keinen bloßen Zeit*punkt*. Consequenterweise verlangen daher die römischen Juristen, daß die Erfordernisse der *Möglichkeit* der Entstehung des Rechtsgeschäfts von Anfang bis zu Ende fortdauern müssen[213]) — ein Satz, zu dem uns sofort das Testament eine

212) Die bekannte Regel der L. 161 de R. J. (50. 17). Die weitere Ausführung dieses Gesichtspunkts in meiner Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte, Jahrbücher X. S. 462 fl.

213) z. B. die Existenz der verkauften Sache; ihr Untergang hebt den

Digitized by Google

Parallele liefern wird. Daß der Entstehungsproceß des Rechts mit Eintritt der Bedingung abgeschlossen ist, schließt zwar nach logischen Gesetzen die Datirung desselben von einem früheren Zeitpunkt aus, nicht aber die durch praktische Gründe erforderte Durchführung des Satzes, daß der Grund zu demselben durch das Rechtsgeschäft gelegt ist, und daß es sich schon vor seiner Entstehung im Zustande des Werdens befunden hat[215]) — etwas weiteres haben die Aeußerungen und Entscheidungen der römischen Juristen, denen man den künstlichen Gesichtspunkt der s. g. rückwirkenden Kraft der Bedingung entnommen hat, nicht zu bedeuten.[216])

Dasselbe Bedürfniß, das die Obligationen im Verein mit dem dies und der conditio für Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu befriedigen bestimmt sind, wiederholt sich in verstärktem Maße für die letztwilligen Dispositionen. Denn während jene Geschäfte sich gleichmäßig in der Gegenwart und Zukunft bewegen, ist das Gebiet der letzteren ausschließlich die Zukunft: die Zeit nach dem Tode des Testators. Eben darum ist das Testament stets und nothwendig das, was die Obligation nur dadurch, daß sie die Be-

Vertrag auf, L. 8 pr. de peric. (18. 6). Dagegen ist die Willensänderung des Handelnden unschädlich, denn der Wille hat sich mit und in dem Moment des Rechtsgeschäfts erschöpft.

215) Man beachte z. B. folgende Fälle: 1) Die Bedingung tritt erst nach dem Tode des Promittenten oder Promissars ein — ohne jenen Gesichtspunkt hätte man nicht bloß die Entstehung der Obligation theoretisch beanstanden können (arg. L. un. Cod. Ut actiones [4. 11] . . ab heredibus non incipere actiones), sondern es hätte das Schuldverhältniß überhaupt nicht zur Erbmasse gehört. 2) Die Bedingung tritt erst ein, nachdem der Sohn oder Sklave, die sich bedingt haben versprechen lassen, von der Gewalt befreit sind: L. 18 de R. J. (50. 17), L. 78 pr. de V. O. (45. 1), L. 40 de stip. serv. (45. 3); ohne jenen Gesichtspunkt würden sie selber den Erwerb haben beanspruchen können, während man ihn doch zweifellos dem Vater oder Herrn zusprechen mußte. 3) Die Bedingung tritt erst ein, nachdem der Promittent oder Promissar aus dem Societätsverhältniß geschieden ist (L. 27 pro soc.) (17. 2); ohne jenen Gesichtspunkt wäre die Forderung bez. die Schuld ihm persönlich zugefallen.

216) Meine Abh. S. 402, S. 528.

Digitized by Google

dingung aufnimmt, sein kann: ein schwebendes, unfertiges Geschäft. Um dem Testator völlig freie Herrschaft über die Zukunft zu sichern, ist dem Testament gerade diejenige Eigenschaft beigelegt, welche das Rechtsgeschäft unter Lebenden völlig aufheben würde: die absolute Widerruflichkeit. Gewährt sie dem Testator die Macht über das Stück Zukunft, das er selbst noch erlebt, so verschafft die Bedingung und der dies ihm die Macht über die Zeit nach seinem Tode. In welche Grenzen letztere eingeschlossen ist, hat für den vorliegenden Zweck kein Interesse.

Aus dem Zustande der Pendenz, in welchem sowohl das Testament im Ganzen wie alle seine einzelnen Bestimmungen bis zu ihrer Realisirung sich befinden, folgt in gleicher Weise wie bei der Obligation, daß diejenigen Requisite, welche sich nicht mit dem Akt der Testamentserrichtung erschöpfen (Fähigkeit der zugezogenen Zeugen und Willensfähigkeit des Testators), sondern in dauernder Beziehung zu dem Zweck des Testaments stehen (testamenti factio des Testators und der eingesetzten Personen), auch nachher fortdauern müssen. Und zwar die des Testators unausgesetzt bis zu seinem Tode, denn das Testament repräsentirt nicht einen vorübergehenden Willensakt von ihm, sondern ein fortdauerndes Wollen, dieses Wollen aber hört auf, nicht bloß wenn dies in der gehörigen Form erklärt worden ist, sondern auch wenn der Testator die Fähigkeit rechtlich zu wollen (testamenti factio) eingebüßt hat.[217] Etwas anders wird die testamenti factio der honorirten Personen bestimmt, eben weil ihre Stellung zum Testament eine andere ist. Sie wird nämlich zuerst verlangt in dem Moment, wo der Testator beginnt in Beziehung zu ihnen zu treten: dem der Testamentserrichtung. Von da an aber hört ihre Beziehung zum Testament bis zum Moment der Delation auf, und folgeweise ist der vorübergehende Mangel der testamenti factio während dieser Zeit unschädlich.[218] Im Moment der De-

217) §. 4. 6 I. quib. mod. (2. 17), L. 6 §. 5 de inj. (28. 3).

218) L. (60) 59 §. 4 de her. inst. (28. 5), §. 4 I. de her. qual. (2. 19), L. 52 de leg. II. (31).

Digitized by Google

lation muß sie wieder da sein und natürlich bis zum Moment der Acquisition fortdauern.[219])

So hätten wir denn in den beiden bisher betrachteten Verhältnissen: der bedingten Obligation und dem Testament zwei Fälle gefunden, in denen ausnahmsweise schon das ältere Recht ein Werden des Rechtsverhältnisses zuläßt, wo also der Richter die Frage von der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht wie sonst einfach nach demjenigen Moment beurtheilen konnte, in den seine Vornahme fiel, sondern zu dem Zweck den ganzen Zeitraum ins Auge fassen mußte, der sich über dessen Bildung hinzog. Wie wenig aber diese beiden Fälle geeignet sind, unsere Lehre von der Bedeutung des Zeitpunktes im älteren Rechte (der „punktualisirenden Methode" S. 24) zu erschüttern, dafür möge es mir noch verstattet sein, zwei Erscheinungen in Bezug zu nehmen, von denen die eine noch in das Gebiet des Rechtsgeschäfts hineinreicht, die andere aber wenigstens dasselbe streift. Wenn der Testator eine Capitis deminutio erleidet, späterhin aber die dadurch verlorene Rechtsstellung wiedererlangt, so bleibt das Testament gleichwohl nach Civilrecht ungültig (irritum); ebenso wenn ihm ein Kind geboren wird, das im Testament nicht berücksichtigt war, aber vor ihm stirbt (ruptum). In beiden Fällen — und da zeigt sich wiederum der principielle Gegensatz in der Methode und Auffassung — hält das prätorische Recht das Testament in Form der Bon. Poss. secundum tabulas aufrecht. Der Gegensatz beider Behandlungsweisen reducirt sich vom Standpunkt der Technik aus auf den von uns im Bisherigen entwickelten. Das alte Civilrecht beschränkt sich in der Würdigung jener Ereignisse lediglich auf den Moment ihres Eintritts, auf die Nachgeschichte derselben nimmt es keine weitere Rücksicht,[220]) das prätorische Recht dagegen verfolgt dieselben bis zum Moment des Todes. Das zweite Beispiel

219) §. 4 I. cit.

220) Ulpian bezeichnet dies in L. 12 pr. de inj. (28. 3) als juris scrupulositas nimiaque subtilitas.

Digitized by Google

bietet die Usucapion. Das römische Recht erfordert die bona fides nur im Moment des Beginns derselben (in initio), das kanonische während der ganzen Dauer (continua). Der Einfluß der Besitzunterbrechung erschöpft sich nach römischem Recht in und mit dem Moment, d. h. es ist gleichgültig, ob sie sofort wieder aufgehoben wird oder fortdauert, das französische Recht (III. 430 Note 592) knüpft den nachtheiligen Einfluß dieses Usucapionshindernisses an seine Dauer.

3. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts — Grundsatz der Simultaneität ihres Eintritts mit Vornahme des Rechtsgeschäfts.

Wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, das Vorhandensein des Thatbestandes vorausgesetzt, so existirt es, und daß es existirt, äußert sich daran, daß es wirkt — ein Aufschub der Existenz des Rechtsgeschäfts nach seinem Abschluß enthält dieselbe contradictio in adjecto, als daß das Leben des Kindes nicht mit der Geburt, sondern erst später beginnt. Das ist die Auffassung des älteren Rechts. Freilich auf die Ausübung des erlangten Rechts kann der Berechtigte vorerst zur Zeit noch verzichten, er kann die Sache, an der er durch Mancipation oder Tradition das Eigenthum erlangt hat, vorläufig im Besitz des Gebers lassen, allein daß ungeachtet der unbedingten Vornahme jener Akte das Eigenthum selbst nicht auf ihn übergehen soll, das kann kein Vertrag nach Auffassung des alten Rechts festsetzen, denn das würde den Willen mit sich selber in Widerspruch setzen. Wo dieser Erfolg dennoch beabsichtigt ist, d. h. wo bis zu einem bestimmten Zeitpunkte der Eine, und von da an der Andere das Eigenthum haben soll, müssen die Parteien die Form der Obligation wählen — eine Eigenthumsbestellung ex die, ein der Zeit nach im Voraus hintereinander geschichtetes Eigenthum mehrerer

Digitized by Google

Personen ist nach älterem römischen Recht eine Unmöglichkeit.[220c])

Der Satz, den ich hier für die Uebertragung des Eigenthums aufgestellt habe, gilt für sämmtliche Rechtsgeschäfte. Ein leerer Zwischenraum zwischen dem Rechtsgeschäft und der Entstehung des Rechts ist nach der Theorie der altrömischen Juristen eben so unmöglich, wie eine Trennung von Ursache und Wirkung, oder eine Geburt, bei der das Leben erst nach einiger Zeit beginnen soll. Bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden[221]) ist demgemäß die Vertagung der Existenz des Rechts (dies ex quo)[222]) unmöglich. Davon macht auch die Obligation keine Ausnahme; sie entsteht bekanntlich sofort, auch wenn die Erfüllung bis zu einem bestimmten Termine hinaus geschoben ist.[223])

Nur beim Testament begründete auch hier wiederum der oben entwickelte Gesichtspunkt, daß dasselbe nicht die Gegenwart, sondern die Zukunft zu seinem Gebiet hat, insofern eine Abweichung, als der Testator zwar nicht die Erbeseinsetzung (was aus nahe liegenden praktischen Gründen ausgeschlossen war), wohl aber das Legat an einen beliebigen Anfangstermin knüpfen konnte.

So bewährt sich denn der Gesichtspunkt der punktuellen Concentration des Rechtsgeschäfts auch für die Wirkungen desselben. Alle Momente des Rechtsgeschäfts: der äußere Akt der

---

220a) Ueber den Fortschritt, den unser heutiges und zum Theil bereits das neuere römische Recht in dieser Beziehung gemacht hat, s. die Note 212 citirte Abh. von mir, S. 509 fl.

221) Dies erkennt Paulus auch für den Ususfructus an, Vat. fr. §. 49; L. 4 de usufr. (7. 1) von demselben kann also nicht das Gegentheil sagen. Dagegen konnte der Richter im Theilungsproceß eben so wie der Erblasser den Ususfructus ex die bestellen, L. 16 §. 2 fam. erc. (10. 2), nicht aber einen Tutor ex die; vergleiche L. 77 de R. J. (50. 17) mit §. 3 I. Qui test. (1. 14).

222) Die Unzulässigkeit des dies ad quem hat meiner Ansicht nach mit der Theorie des Rechtsgeschäfts nichts zu schaffen, sie kann vielmehr nur aus der Theorie der Rechte befriedigend erklärt werden.

223) L. 46 pr. de V. O. (45. 1) . . praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

Digitized by Google

Handlung, der Thatbeſtand, die Exiſtenz d. i. die Wirkſamkeit desſelben fallen in einen Fokus zuſammen, das geſammte Rechtsgeſchäft iſt ein einziges untheilbares Ganzes, das entweder ſofort vorhanden oder nicht vorhanden iſt, ein nachträgliches Werden und Wirken nicht kennt.

Mit dieſer Untrennbarkeit der beiden Seiten des Rechtsgeſchäfts: ſeiner Vorausſetzungen und Wirkungen ſteht meiner Anſicht nach im engſten Zuſammenhange die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung im ältern Recht.[224]) Die wahre, echte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Urſache und Wirkung beim Rechtsgeſchäft; die Urſache: die Handlung fällt auf die Perſon des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die des Repräſentirten, die Stellvertretung ſchließt eine künſtliche Spaltung deſſen in ſich, was bei der natürlichen Geſtalt des Verhältniſſes eins iſt.[225]) Ich bin zwar nicht gemeint, in einem ſolchen formal techniſchen Gedanken den letzten Grund der Ausſchließung der Stellvertretung zu erblicken, ich bin vielmehr der Anſicht, daß das letzte Motiv derſelben in pſychologiſchen und praktiſchen Gründen zu ſuchen iſt, allein gleichwohl iſt es höchſt beachtenswerth, daß auch dieſes Stück der Theorie des Rechtsgeſchäfts ſich einem Geſichtspunkt fügt, den wir im übrigen für die ganze Structur des alten Rechtsgeſchäfts bewährt gefunden haben.

Der Satz, daß das Rechtsgeſchäft in der Perſon des Handelnden ſeine Wirkungen äußern müſſe, gilt auch in Bezug auf das Verhältniß des Erblaſſers zum Erben. Die letztwilligen Verpflichtungen, die jener dieſem auferlegt, entſtehen erſt in der Per-

224) Der Ausſpruch der L. 123 pr. de R. J. (50. 7): nemo alieno nomine lege agere potest galt auch für die Rechtsgeſchäfte; auch in dieſer Richtung wiederholte ſich die Gleichheit der Structur des Proceſſes und des Rechtsgeſchäfts.

225) Dieſen Gedanken der nothwendigen Einheit der Urſache und Wirkung in derſelben Perſon deutet auch die bekannte L. 11 de O. et A. (44. 7) an: quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt (Urſache) nisi ex nostra persona obligationis initium sumant (Wirkung) inanem actum nostrum efficiunt.

Digitized by Google

son des letztern, die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten Verpflichtungen und Forderungen dagegen müssen ihren Ursprung umgekehrt noch in der Person des Erblassers nehmen, lassen sich also nicht auf die Zeit nach seinem Tode stellen.[226])

Hiermit ist das Ziel, das wir uns gesteckt haben erreicht, und es ist jetzt an der Zeit, die einzelnen zerstreuten Züge, die uns theils die gegenwärtige, theils frühere Darstellungen zu dem Bilde des alten Rechtsgeschäfts geliefert haben, zu einem Totaleindruck zusammen zu fassen. Wie alles, was aus den Händen der alten Jurisprudenz hervorgegangen ist, so trägt auch das Rechtsgeschäft den Charakter schärfst ausgeprägter Individualität an sich. Ein altrömisches Rechtsgeschäft ist nicht, wie so manches heutige, eine formlose Willensmasse, die das souveräne Belieben der Parteien zusammen gegossen hat, und die erst der Kunst des Richters harrt, um in seine Bestandtheile aufgelöst und bestimmt zu werden: Kauf, Miethe, Eigenthum, Servituten, Pfandrecht, Verzicht u. s. w. in wildem Gemenge durcheinander, sondern das sind *Individuen*, wie die alten Actionen, *äußerlich* in Bezug auf die Form, *innerlich* in Bezug auf den Inhalt, unfähig etwas anderes in sich aufzunehmen, als was ihr Begriff mit sich bringt. Mit dem Moment, mit dem sie ins Dasein treten, fertig und vollendet, schließen sie sich eben so streng gegen die Vergangenheit wie die Zukunft ab; gegen *jene*, indem sie alles, was jenseits von ihnen liegt, durch die *Form*, die das Rechtsgeschäft von der Vorverhandlung scheidet, für immer abschütteln und sich ganz auf sich selbst und das, was in ihnen offensichtlich zu Tage tritt, beschränken — gegen die *Zukunft*, indem sie in dem Moment ihres Auftretens auch sofort in allen ihren Theilen fest und unabänderlich werden,

226) Gaj. III. 100 . . . inelegans visum est, ex heredis persona incipere obligationem. L. 36 §. 1 ad leg. Aq. (9. 2). Wie diese Regel später durch ein pactum de non petendo in personam und eine darauf gegründete exceptio umgangen (L. 33 de pact. 2. 14, L. 10 de pact. dot. 23. 4) und darum ganz verständigerweise von Justinian in der L. un. Cod. Ut actiones (4. 11) völlig aufgehoben ward, gehört nicht mehr hierher.

Digitized by Google

keine spätern Zusätze und Nachträge dulden, keine Unentschiedenheit und Unbestimmtheit, keine Frage, die ihre Lösung erst von der Zukunft zu erwarten hätte, keinen Aufschub der Wirkung, sondern ganz und ausschließlich gestellt auf den sichern, realen Boden der Gegenwart und ihre Kraft sofort bethätigend.

Das ist die Structur und Physiognomie des alten Rechtsgeschäfts! Gewiß ein würdiges Seitenstück zur alten Actio, beide würdig der Bezeichnung von Individuen und plastischen Gestalten; der Zug eiserner juristischer Disciplin geht durch beide hindurch. Ob diese Disciplin beim Rechtsgeschäft schwerer vom Leben empfunden, ob die knappen Formen und streng abgemessenen Bahnen, in die sie den Verkehr zwang, die freie Regung und Bewegung desselben mehr gehindert, als die entsprechenden Einrichtungen des Processes — diese Frage glaube ich nach dem, was ich über sie schon an anderer Stelle (III 417, 503) bemerkt habe, nicht erst noch aufwerfen zu sollen.

C. Die abstracte Analyse.

1. Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper.

Gegensatz des ältern und neuern Rechts — zusammengesetzte und einfache Rechtskörper. — Maßstab der Einfachheit — juristische Gestaltung des Obligationselements in nicht-obligatorischen Verhältnissen (analytische Composition der alten rei vindicatio). — Prüfung der Rechte vom analytischen Standpunkt. — Gedanke der Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse.

> Nihil admixtum, nihil concretum, nihil copulatum, nihil coagmentatum, nihil duplex.
> Cic. Tusc. disp. I. c. 29.

LIV. Die bisher behandelte concrete Analyse hatte die Rechtsverhältnisse zum Gegenstande, sie hat uns gezeigt, wie bei der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung derselben,

Digitized by Google

d. i. bei der Theorie des Rechtsgeschäfts und im Mechanismus des Processes der Gedanke der Zersetzung zur Geltung gelangte. Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit den Rechtsbegriffen, sie soll ermitteln, welchen Antheil der Gedanke der Zersetzung an der Bildung des abstracten Rechts, an der Gestaltung und Structur der materiellen Rechtsbegriffe gehabt hat. Einer richtigen logischen Anordnung zufolge, scheint es, hätte diese letztere Untersuchung der ersten vorangehen sollen, denn bevor die Begriffe angewandt werden können, müssen sie doch erst da sein. Allein dies ist nur in der Idee wahr; in der Wirklichkeit bilden sich die Rechtsbegriffe und die Formen ihrer Anwendung, das materielle Recht, der Proceß und das Rechtsgeschäft, nicht eins nach dem andern aus, sondern gleichzeitig, wie die verschiedenen Theile des menschlichen Körpers. Der Grund, der jene Anordnung empfahl, hängt mit dem eigenthümlichen Verhältniß zusammen, welches in der Jugendperiode des Rechts zwischen dem materiellen Recht und Proceß obwaltet (S. 17 fl.). Während in der abstracten Periode des Rechts, in der wir uns heute befinden, die Begriffe des materiellen Rechts sich bis zu einem gewissen Grade ganz für sich allein behandeln lassen — ich möchte hinzufügen: leider nur zu oft selbst über diese Grenze hinaus so behandelt werden! —, Proceß und materielles Recht sich hier fast fremd gegenüber stehen, sind diese beiden Theile auf jener Entwickelungsstufe des Rechts in dem Maße verbunden und verwachsen, daß die meisten Begriffe des materiellen Rechts, wenn ich so sagen darf, überhaupt nur existiren in ihrer processualischen Form: die Forderung als actio in personam, das Nexum als manus injectio, gewisse andere Ansprüche als pignoris capio u. s. w., und es empfahl sich daher, sich von dieser Seite ihnen zuerst zu nähern. Die Schwierigkeiten einer jeden Darstellung steigern sich in demselben Maße, in dem sie vom Aeußern ins Innere vordringt. Im Proceß, im Rechtsgeschäft spielt der Gedanke der Zersetzung noch auf der Oberfläche, es ist eine Maschinerie, ein äußerer Mechanismus, den man sehen, ja den selbst

Digitized by Google

ein blödes Auge sehen kann, im materiellen Rechte dagegen, wo er ein mehr innerliches Dasein führt, bedarf es aller Kunst des geübten Blicks und aller Anstrengung des erfahrenen Denkens, um inne zu werden, daß und wie er auch hier sich betheiligt. Dazu kommt noch, daß er auf dieser inneren Seite des Rechts nicht denselben Spielraum vorfindet, wie auf der äußeren Seite desselben. Der Mechanismus des Processes und Rechtsgeschäftes ist etwas rein Formales, bei ihm hat ein formaler Gedanke, wie es der der Zersetzung ist, völlig freies Spiel, auf dem Gebiete des materiellen Rechts dagegen gesellen sich ihm als gestaltende Motive noch Gedanken anderer, materieller Art hinzu, mit denen er sich in die Herrschaft zu theilen hat. Während daher bei jenen beiden der Gesichtspunkt der Analyse ausreichte, um das specifisch juristische Interesse derselben, soweit es nicht schon früher bei Gelegenheit des Formalismus berührt ward (§ 45—47), vollständig zu erschöpfen, so daß wir also fortan in *diesem* System uns mit ihnen nicht mehr werden zu beschäftigen haben, ist dies für die Begriffe des materiellen Rechts keineswegs der Fall, wir werden vielmehr genöthigt sein, auf sie später (Theorie der Rechte) noch ausführlich zurückzukommen, um den Reichthum der Gedanken, den sie in sich bergen, zu erschließen.

Aber hat denn jener Gedanke überhaupt einen Antheil an der Bildung der Begriffe? Was hat die Analyse gemein mit dem Eigenthum, der väterlichen Gewalt, dem Erbrecht? Was hätte die Jurisprudenz an diesen Begriffen, die sie ihrer Substanz nach fertig aus den Händen des Lebens überkam, noch zersetzen können? Was ihr erübrigte, scheint nichts weiter gewesen zu sein, als die realen Thatsachen und Verhältnisse der Sitte und des Verkehrs in die Form des Begriffs zu bringen. In gewissem Sinne kann man zwar auch diese Thätigkeit eine analytische und jeden Begriff ein Zersetzungsproduct nennen, insofern nämlich die Bildung der Begriffe darauf beruht, daß der denkende Geist aus der flüssigen Gedankensubstanz *einen* Stoff nach dem andern herausgreift, ihn abgrenzt und abscheidet und zur Selbständig-

Digitized by Google

keit des individuellen logischen Seins erhebt. Aber in diesem Sinn ist die Analyse, die hier in Frage steht, nicht gemeint, in diesem Sinn ist sie das Denken selber, eine allgemein logische, keine specifisch juristische Operation.

Der so eben aufgeworfene Zweifel wurzelt in einer Anschauung, die, ohne je wissenschaftlich begründet, in Frage gestellt oder überhaupt nur einmal ausgesprochen zu sein, doch als stillschweigendes Axiom allgemein verbreitet ist. Ich fasse sie in die Formel zusammen: die Rechtsbegriffe gelten unserer Wissenschaft nicht als Kunst-, sondern als Naturproducte, als gegebene Thatsachen des Rechtslebens, welche der Begriff nur zur Einheit der Vorstellung und Klarheit des Denkens zusammengefaßt hat. Diese Anschauungsweise ist meines Dafürhaltens eine völlig irrige. Ohne den Ausführungen vorzugreifen, welche ich der Theorie der Rechte (Abschn. 2. Abth. 1) vorbehalten muß, kann ich schon an dieser Stelle, indem ich mich rein auf unsern Gesichtspunkt der Analyse beschränke, so viel behaupten und getraue mir es zu beweisen: die Begriffe des ältern Rechts sind nicht einfache Formulirungen der Verhältnisse, wie sie thatsächlich im Leben vorkamen, sondern sie sind nach den Gesetzen der Analyse in eine specifisch-juristische, dem naiven Denken des Laien fremde Form gebracht — ihre Structur, d. h. ihre begriffliche Abgrenzung, Gestaltung, Individualität, verdanken sie nicht den realen Motiven, Zwecken, Impulsen des Lebens, sondern der Kunst.

Zwei Richtungen sind es, in denen sich die Kunst in der analytischen Gestaltung der Rechtsbegriffe thätig erwiesen, zwei Gesetze sind es, vermittelst deren sie dieselbe erzielt hat. Das eine bezeichne ich als Gesetz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper, das zweite als Gesetz der analytischen Vereinfachung des Thatbestandes. Beide kennzeichnen sich sofort als echt juristische Ideen, als Producte der Reflexion und eigenthümliche Kunstgriffe, beide reichen offenbar in jene Zeit hinauf, wo von einer Jurisprudenz im spätern Sinn noch keine

Digitized by Google

Rede war, sie gehören zu dem ältesten Stück römischer Jurisprudenz, das uns überliefert ist. In ihren Nachwirkungen, in den Instituten, in denen sie einmal fixirt waren, erhielten sie sich allerdings noch bis in die spätere Zeit hinein, nicht aber als productive Principien — die positiv neuen Bildungen des spätern Rechts athmen einen andern Charakter, sind in einem ganz andern Styl angelegt. Eben darum weise ich beide ausschließlich dem ältern Recht zu, dem die Ehre ihrer Erfindung gebührt, und werde daher im dritten System nicht nochmals auf sie zurückkommen.

Das erste Gesetz, das der elementaren Einfachheit der Rechtskörper, dem ich mich jetzt zuwende, beschränkt sich auf die structuelle Gestaltung der von mir früher (III 344) so genannten selbständigen oder concreten Rechtskörper, d. h. derjenigen, welche im Gegensatz zu den abstracten, die nur in und an andern vorkommen, sich selbständig verwirklichen, sich zu concreten Rechtsverhältnissen gestalten können, wie z. B. die Obligation, das Eigenthum. Eine Vergleichung derjenigen dieser Begriffe, die dem neuern Recht ihren Ursprung verdanken, mit denen des ältern führt zu dem überraschenden Resultat, daß erstere fast ausnahmslos aus zwei systematisch verschiedenen Begriffen zusammengesetzt sind, während letztere nicht bloß kein einziges derartiges Beispiel aufzuweisen haben, sondern umgekehrt in allen Fällen, wo der natürliche Thatbestand des Verhältnisses einen Zwang dazu in sich zu schließen scheint, demselben in einer Weise ausweichen, die über die Absichtlichkeit dieser Wendung und das ihm zu Grunde liegende Motiv keinen Zweifel aufkommen läßt. Die erstere Behauptung möge durch eine tabellarische Uebersicht, bei der ich auch Beispiele aus dem heutigen Recht aufgenommen habe, veranschaulicht werden.

Es verbinden sich im spätern römischen oder in unserm heutigen Recht zur Einheit des Rechtsbegriffes: [226a])

226a) Ich habe mich bei der folgenden Tabelle auf die materiellen Rechtsinstitute beschränkt; in welchem Maße die bei ihnen constatirte Erscheinung

Digitized by Google

	die Begriffe		Combinationsbildung
1.	Eigenthum	Obligation:	Superficies, Emphyteusis,[227] Servituten am Provincialboden.[228]
2.	— —	Ehe	Gütergemeinschaft.
3.	Grundeigenthum	Macht über die Person	Colonat, Leibeigenschaft.
4.	—	publicistische Rechte	Lehnrecht, Patrimonialgerichtsbarkeit, Steuerfreiheit, Landstandschaft u. s. w.
5.	—	gewerbliche Rechte	Realgerechtigkeiten, Bannrechte u. s. w.
6.	Besitz	Obligation	Verbindung der Obligation mit dem Besitz einer Sache.[228a]
7.	Jus in re	väterliche Gewalt	Nießbrauch an den bona adventitia.
8.	—	Obligation	Superficies, Emphyteusis, Pfandrecht.[229]

sich auch bei den Klagen des neuern Rechts wiederholt, wird aus dem Verlauf der Darstellung erhellen.

227) Der Eigenthümer des Grundstücks als solcher hat den Anspruch auf den Kanon, letzterer ist also hier activ an das Eigenthum geknüpft.

228) Der Servitutzweck ward hier erreicht in Form einer activ wie passiv auf die Nachfolger beider Grundstücke übergehenden Obligation: dies ist von mir nachgewiesen in der öfters angeführten Abh. Jahrb. X. S. 554—562.

228a) Passiv: Uebergang der Verpflichtung zur Leistung der fideicommissaria libertas auf den jedesmaligen Besitzer des Sklaven (Jahrb. X. S. 519—522), was eben so hinsichtlich der obligatorischen Vereinbarungen zu Gunsten des Sklaven galt (daselbst S. 546), der Verpflichtung aus der Provincialservitut (vorige Note), aus der Reallast; activ: Uebergang des Forderungsrechts bei den Papieren auf den Inhaber.

229) Bei der Emphyteusis wird der passive Uebergang der Obligation durch die Zustimmung des Eigenthümers zum Verkauf vermittelt. In den beiden anderen Fällen kann die Erfüllung der Obligation gegen den Nachfolger auf indirektem Wege dadurch erzwungen werden, daß der Berechtigte (Eigenthümer, Pfandgläubiger) gegen ihn die in rem actio er-

Digitized by Google

Wenn nun das ältere Recht, wie sofort gezeigt werden soll, kein einziges derartiges Beispiel darbietet, so könnte dies möglicherweise darin seinen Grund haben, daß es der älteren Zeit an der Substanz dafür gefehlt habe. Man könnte meinen, jene complicirten Bildungen seien das Kennzeichen und das Product einer höhern Stufe der wirthschaftlichen Entwickelung, die einfacheren Verhältnisse der früheren Zeit dagegen hätten auch ungesucht zu einfachen Begriffsbildungen geführt. Diese Vorstellung ist eine irrige, sie widerlegt sich vollständig durch den Hinweis auf solche Verhältnisse des ältern Rechts, die das Material zu einer derartigen Begriffsbildung in sich schlossen wie z. B. den Ususfructus (S. 139) und die unten zu erörternden Verhältnisse. Die Art und Form ihrer juristischen Gestaltung besteht nicht, wie im neuern Recht, in einer Verschmelzung der heterogenen Elemente zur Einheit des Begriffs, sondern in einem äußerlichen Nebeneinanderstellen der verschiedenen einfachen Begriffe, in einem separaten, successiven Operiren mit jedem einzelnen von ihnen. Das ganze Verhältniß wird stückweise errichtet, es ist nicht Ein juristisches Ganze, sondern eine Combination von verschiedenen, ökonomisch zwar durch den gemeinsamen Zweck verbundenen und um ihn als ihren Mittelpunkt gravitirenden, juristisch aber völlig selbständigen Begriffen.

Das Gesetz, welches hier zur Anwendung gelangt, liegt offen vor: die ältere Jurisprudenz duldet nur einfache, keine zusammengesetzten Körper. Aber was heißt: einfache und zusammengesetzte Körper, nach welchem Maßstabe bestimmte die Jurisprudenz den Begriff der Einfachheit? Die Antwort lautet: nicht darnach, ob ein Verhältniß des Lebens seinem Zweck, seiner Bestimmung nach ein für sich abgeschlossenes Ganze bildete (ökonomische Einheit), sondern darnach, ob dasselbe mit Hülfe der von ihr angenommenen juristischen Grundbegriffe sich noch weiter zerlegen ließ. Der Maßstab war also kein absoluter, sondern ein relativer,

hebt, welcher der Beklagte nur dadurch ausweichen kann, daß er zahlt.

Digitized by Google

ein historischer, aber gleichwohl ein ganz faßbarer, bestimmter. Zusammengesetzt war ein Verhältniß, das einen Begriff, der als solcher im Leben vorkommen konnte, als Element seiner Substanz in sich schloß. Darum war z. B. der Kaufcontract ein zusammengesetzter Körper, denn die einfachste Form, in der die Obligation im Leben vorkommt, ist die einseitige Obligation, der Kaufcontract aber erzeugt zwei Obligationen, er läßt sich also auflösen in zwei einseitige. Soll unsere Behauptung richtig sein, so muß mithin das ältere Recht keine zweiseitigen Obligationen gekannt haben. Die einfachste Form des Rechtsverhältnisses, wie es z. B. im Eigenthum zu Tage tritt, ist die des einseitigen Rechts, d. h. des Rechts ohne alle Verpflichtung. Soll unser obiger Satz aufrecht bestehen, so darf die ältere Jurisprudenz keine mit Pflichten gemischte Rechte geduldet haben, so dürfen die verschiedenen Rechte nie zur Einheit eines dritten selbständigen Rechts verschmolzen worden sein.

Untersuchen wir, ob unser Grundsatz die Probe besteht. Ich wende mich zu dem Zweck zuerst einer Erscheinung zu, die meines Erachtens mehr als irgend eine andere den Leser sofort auf die Höhe der Aufgabe hebt und ihm das innerste Geheimniß der Analytik des alten Rechts erschließt.

Der Gedanke der Verpflichtung beschränkt seine Herrschaft keineswegs auf dasjenige Gebiet, in dem er seinen eigentlichen Sitz hat und seine feste Ausprägung und Verkörperung gefunden hat: das Obligationenrecht; als unsichtbares, individuell nicht ausgeprägtes, unkörperliches Element durchdringt er die ganze Rechtswelt, alle Verhältnisse belebend und erhaltend, gleich dem Sauerstoff der atmosphärischen Luft. Nicht das ist mit dieser Behauptung gemeint, daß es auf allen Gebieten des Rechts Obligationen gibt, wie z. B. auf dem des Familienrechts die Dotations-, Alimentations-Verbindlichkeit, die Dotalklage, auf dem des Erbrechts die Vermächtnißobligation — hier tritt der Gedanke der Verpflichtung in seiner specifischen, im Obligationen-

Digitized by Google

recht ausgeprägten Form d. h. in der mit einer actio in personam zu verfolgenden obligatio auf. Sondern gemeint ist, daß er auch in nicht-obligatorischen Rechtsverhältnissen als bloßer Obligationsstoff anwesend sein kann, ohne die Form der Obligation anzunehmen. Es gibt kaum einen der Obligation antagonistischeren Rechtsbegriff, als den der in rem actio, und doch in welchem Maße sind manche in rem actiones des neuern Rechts mit obligatorischem Element versetzt! Die moderne rei vind. ist fast mehr obligatorischer, als dinglicher Art, wie dies die unten folgende Analyse derselben darthun wird, und doch wird sie in dieser Beziehung noch überboten durch die hereditatis petitio. Aeußerlich aber wird bei beiden das obligatorische Element gar nicht sichtbar, es ist nur vorhanden in Form von Regeln und Grundsätzen obligatorischer Art — der Unkundige, der das Dasein des Stoffs nur nach der äußern Form beurtheilt, und dem das Auge fehlt, um die Elemente zu erkennen, auch wo sie in bloß substantieller Art anwesend sind, merkt von jenem Stoff Nichts und glaubt daher in den beiden Klagen rein dingliche Klagen vor sich zu haben.

Diese Versetzung nicht-obligatorischer Verhältnisse mit obligatorischen Elementen steigert sich in eben dem Maße, wie sie selber im Lauf der Zeit sich vervollkommnen — der Grad der Vollkommenheit eines Rechts bemißt sich nach seiner Sättigung mit obligatorischem Stoff. Im entwickelten Recht führt der Gedanke der Obligation das Regiment, es gibt keinen Fleck, keinen noch so verborgenen Winkel, wohin diese flüchtige Substanz nicht dränge. Es muß dem dritten System vorbehalten bleiben, diese Thatsache des Nähern zu begründen,[229a]) an der gegenwärtigen Stelle gilt es nur festzustellen, in welcher Form das ältere Recht diesen accessorischen Obligationsstoff zur Wirksamkeit gebracht hat. Wenn

229a) In Bezug auf die obligatorische Gestaltung des neuern Processes ist dies seit Erscheinen der ersten Auflage dieser Schrift inzwischen bereits von Kuntze Institutionen und Geschichte des R. R. B. 2 S. 218 geschehen.

Digitized by Google

es in gleicher Weise geschehen ist, wie im spätern Recht, so ist unser Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper *nicht* begründet, denn unter dieser Voraussetzung würde dasselbe *zusammengesetzte* Rechtskörper gekannt haben. Soll unser Grundsatz wahr sein, so muß das ältere Recht entweder bei jenen Verhältnissen die Beihülfe der obligatorischen Principien völlig verschmäht haben — und dies war unmöglich und ist nicht der Fall gewesen, wenn gleich das Maß, in dem es sich derselben bediente, ungleich geringer war, als im spätern Recht —; oder aber es muß dieser Stoff in die ihm adäquate Form der Obligation gebracht, d. h. also neben dem Verhältniß, um dessen obligatorischen Ausbau es sich handelte, *besondere*, ihrem Zweck nach um letzteres als um ihren Mittelpunkt gravitirende, *juristisch aber völlig selbständige Obligationen* geschaffen haben. Und so verhält es sich in der That. Wo das alte Recht in irgend einem Verhältniß, sei es in, sei es außer dem Proceß der Verpflichtung zu einem Thun bedarf, da bringt es dieselbe regelmäßig in die Form einer eigenen durch einen besondern Akt zwischen beiden Parteien ins Leben gerufenen Obligation; unsere moderne Idee, daß das Verhältniß als solches eine obligatorische Kraft in sich schließe, ist ihm völlig fremd, selbst für den *Proceß*. Was heutzutage die nothwendige Folge irgend eines processualischen Aktes ist, sich für unsere Auffassung aus dem Getriebe des *Verfahrens* mit Nothwendigkeit von selbst ergibt, wird im alten Proceß erst durch eine (indirect erzwungene) Obligation von der betreffenden Partei speciell und ausdrücklich übernommen, letztere *ist* nur darum verpflichtet, weil sie sich verpflichtet *hat*, aber es wird dafür gesorgt, daß sie sich verpflichten *muß*.

Es liegt nicht in meiner Absicht, diese für die Signatur des ältern Rechts so höchst bezeichnende Erscheinung in ihrer ganzen Ausdehnung zu verfolgen, es genügt, sie an einigen Hauptanwendungsfällen klar zu machen.

Unter ihnen nimmt die erste Stelle ein die Behandlung des obligatorischen Elements in der alten reivindicatio. In der Rein-

Digitized by Google

heit ihrer Idee bildet die reivind. den schärfsten Gegensatz zur actio in personam und zur Obligation, »non personam obligat, sed rem persequitur",[230]) wie es noch in späterer Zeit von ihr heißt, wo freilich diese Bezeichnung ihre Wahrheit bereits zum größten Theil eingebüßt hatte, d. h. sie verfolgt lediglich die Sache (agitur in rem), sie folgt ihr, wohin sie gelangt, und begehrt Nichts von ihr, als was sie selber ohne vermittelnde Thätigkeit des Beklagten zu gewähren vermag, die Sache haftet, die Sache leistet, die Person des Beklagten hat nur die Bedeutung, daß sie zwischen dem Kläger und dem Object seines Anspruches in der Mitte steht und darum durch den Proceß erst beseitigt werden muß, damit der Kläger selber sein Recht realisire.

Diese ursprüngliche Idee der reivind. ist freilich im neuern Recht bis zur Unkenntlichkeit entstellt. Die moderne reivind. ist durch und durch mit obligatorischen Elementen versetzt, ja man könnte sagen: sie ist eine persönliche Klage geworden, die nur, was sie ja mit manchen actiones in personam (s. g. in rem scriptae) theilt, passiv durch den Besitz bestimmt wird. Ihr obligatorischer Charakter bethätigt sich nach drei Seiten: sie umfaßt obligatorische Ansprüche aus der Zeit vor Beginn des Processes, aus der Zeit während des Processes und solche, die erst mit Beendigung des Processes entstehen. In der ersten Richtung kann sie für den Kläger zwei, für den Beklagten einen Anspruch verfolgen, für jenen nämlich den wegen dolus praeteritus und den wegen der Früchte, für diesen den wegen der Impensen. Will man sie in Richtung auf den erstgenannten klägerischen Anspruch beim rechten Namen nennen, so muß man sagen: sie übt hier die Function einer Pönalklage, einer etwas modificirten[231])

230) L. 2 Cod. si unus (8. 33).

231) Modificirt: insofern sie keinen Beweis des Schadens erfordert und keine Infamie zur Folge hat. Die pönale Natur bewährt sich darin, daß sie passiv vom Uebergang auf die Erben ausgeschlossen ist. L. 52 de R. V. (6. 1).

Digitized by Google

act. de dolo aus. In Richtung auf den zweiten Anspruch des Klägers hält sie sich innerhalb der reinen Vindicationsidee nur da, wo sie die von einem malae fidei possessor gezogenen und bei ihm noch vorhandenen Früchte verfolgt, — denn an ihnen hat Kläger das Eigenthum —, in den beiden andern möglichen Fällen dagegen, wenn nämlich diese Früchte nicht mehr vorhanden, oder wenn der Beklagte bonae fidei possessor ist, schlägt sie in eine condictio um, denn hier hat sie nicht Eigenthum in der Person des Klägers, sondern Bereicherung aus dessen Vermögen in der Person des Beklagten, also ein obligatorisches Motiv, zu ihrem Fundamente.[232]) Für den Anspruch des Beklagten auf Ersatz der Impensen bedarf die obige Behauptung keiner Bemerkung, er stützt sich ebenfalls auf Bereicherung.

Während des Processes äußert sich die obligatorische Kraft der reivind. darin, daß sie den Beklagten zur diligentia und in gewissem Grade zur Prästation des Zufalls verpflichtet,[232a]) am Ende desselben darin, daß auch sie, ganz wie die act. in personam, mit einer Geldcondemnation, also einer Verpflichtung endet.

Von alle dem kennt die reivind. in ihrer ursprünglichen Gestalt Nichts. Zunächst nicht die Haftung wegen dolus praeteritus (S. 30). Sodann nicht den Anspruch wegen der Früchte, was wenigstens in meinen Augen keinem Zweifel unterliegt. Die von einem b. f. p. gezogenen Früchte fielen in sein Eigenthum,

---

232) Für die m. f. p. spricht die L. 15 de usuris (22. 1) ausdrücklich diesen Gesichtspunkt aus: qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur, ebenso L. 3 Cod. de cond. (4. 9) .. extantibus fructibus vindicatione, consumtis vero condictione conventus L. 22 §. 2 de pign. act. (13. 7), L. 18 de exc. (44. 1), für den b. f. p. folgt es daraus, daß er als solcher Eigenthum an den Früchten erwirbt.

232a) Ulpian rechtfertigt dies in L. 15 §. 3 de R. V. (6. 1) durch Heranziehung des dem Obligationenrecht angehörigen Begriffs der mora — ein schlagender Beweis, wie sehr den spätern römischen Juristen die Betrachtung des Verhältnisses unter dem Gesichtspunkt der Obligation zur zweiten Natur geworden war.

Digitized by Google

konnten also nicht vindicirt werden. Eben so wenig die vom m. f. p. bereits consumirten, denn das zu vindicirende Object muß noch existiren, schon darum weil es mit vor Gericht gebracht werden muß. Diese beiden Kategorien von Früchten hätten also nur mit der Formel der persönlichen Klage: dare oportere d. h. selbständig und unabhängig von der reivind. verfolgt werden können; denn daß die Combination des dare oportere und rem meam esse zu einer Klage nach Grundsätzen des älteren Processes eine Unmöglichkeit, ein Unding war, wird nach den Ausführungen des § 51 keiner Bemerkung bedürfen. Bleiben also nur die beim m. f. p. noch in Natur existirenden Früchte. Daß auch sie im alten Proceß weder selbständig noch mit der Hauptsache vindicirt werden konnten, ist eine Behauptung, für die ich den Beweis zunächst noch schuldig bleiben muß.[233]) Die wirkliche Klage, deren sich der Eigenthümer rücksichtlich ihrer zu bedienen hatte, ist bereits oben (S. 31) angegeben, es war die Diebstahlsklage.[234])

Daß der Gegenanspruch des Beklagten auf Ersatz seiner Impensen der spätern Zeit angehört, lehrt schon die Form seiner Geltendmachung (exceptio doli), und der enge Zusammenhang, in dem er mit dem so eben erwähnten Anspruch des Klägers steht, gibt ein neues Argument für das relativ späte Alter des letztern. So lange dem b. f. p. die Impensen nicht vergütet wurden, durfte

233) Ich habe sie schon S. 31 ausgesprochen. Ich stütze sie nicht darauf, daß die Früchte einzeln hätten vindicirt werden müssen — dies Bedenken wäre ein grundloses, B. Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen, Halle 1871 S. 100 u. fl. — sondern darauf, daß die res nec mancipi und somit auch die Früchte auch nicht die Jungen von Thieren, (Gaj. II 15) in alter Zeit überhaupt nicht Gegenstand der Vindication sein konnten. Das Weitere im folgenden Bande.

234) S. außer den Note 232 citirten Stellen, welche bloß die condictio überhaupt (nicht die furtiva) nennen, die auf die beim furtum nec manifestum stattfindende Strafe des duplum hinweisende L. 1 Cod. Theod. de usur. rei jud. (4. 19) .. ex prisci juris formulis .. malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur.

Digitized by Google

man ihn ohne die größte Unbilligkeit nicht zur Herausgabe der vorhandenen Früchte nöthigen. Die Aenderung des einen Satzes schloß nothwendigerweise die des andern in sich. An die Stelle der rohen Aufrechnung in Bausch und Bogen zwischen Früchten und Impensen trat jetzt der Fuß einer genaueren Abrechnung nach beiden Seiten, denn derselbe Grund, auf den der eine Theil seinen Anspruch stützte, der der Bereicherung, bot auch dem Gegner das Fundament zu dem seinigen. Beide Ansprüche sind Ausflüsse desselben Gedankens: der Uebertragung der dem Obligationenrecht angehörigen Idee der Bereicherung auf die Eigenthumsklage.

Daß der Besitzer während des Vindicationsprocesses, wenn ich so sagen darf, unter die Zucht des Obligationenrechts gestellt werden mußte, konnte auch im ältern Recht nicht zweifelhaft sein. Die Art, wie dies geschah, bezeugt wiederum die Strenge, mit der die alte Jurisprudenz an ihren technischen Grundgesetzen festhielt, denn sie ließ diese Obligation nicht einfach aus der reivind. herauswachsen, noch auch im Urtheil sichtbar werden, sondern sie schlug denselben Weg ein, wie bei dem ususfructus, d. h. den der Begründung eines selbständigen Obligationsverhältnisses neben dem dinglichen Recht. Um die Verpflichtung zur Herausgabe der vom Besitzer (einerlei ob b. f. p. oder m. f. p.) während des Processes gezogenen Früchte zu begründen, dazu reichte schon der Gesichtspunkt des Diebstahls (furtum nec manifestum) vollkommen aus, mochte man nun in der Erlangung der Vindicien von Seiten des unterliegenden Theils („si vindiciam falsam tulit“)[235] ein furtum (possessionis) des Grundstücks[236]

---

235) Worte der XII Tafeln bei Festus s. v. Vindiciae: si vindiciam falsam tulit, si velit is .. (Cujacius: rei sive litis, Müller: stlitis et vindiciarum Prae) .. tor arbitros III dato eorum arbitrio ... (Müller: possessor, reus) fructus duplione damnum decidito.

236) Gellius XI. 18 §. 13 .. fundi quoque et aedium fieri furtum. L. 1 §. 3 de furt. (47. 2) furtum ... possessionisve.

Digitized by Google

oder ein furtum (rei) der Früchte erblicken;[237]) jedenfalls geht daraus, daß wegen dieser Früchte nach beendigtem Hauptproceß[238]) ein besonderes Schätzungsgericht von drei Sachverständigen (tres arbitri) bestellt wurde, so viel hervor, daß dieser Posten nicht der Cognition des Richters in der Hauptsache unterlag, auf den Gesichtspunkt des furtum nec manifestum aber weisen sowohl die Strafe des Doppelten als die beim Diebstahl technischen Worte „damnum decidere" hin.

Gegen positive Beschädigungen der Sache von Seiten des Besitzers wäre der Gegner zwar durch andere Delictsklagen geschützt gewesen,[239]) nicht aber gegen Deteriorationen durch Unterlassen. In dieser Richtung bedurfte es daher jedenfalls der Begründung eines besondern Obligationsverhältnisses. Sie erfolgte durch Bestellung von Bürgen (praedes litis et vindiciarum), welche dafür aufzukommen hatten, daß der Besitzer die Sache in ordnungsmäßigem Stand halte und dem Urtheil Folge leiste;[240]) wer sie nicht stellen konnte, hatte auf die Vindicien keinen Anspruch. Die Realisirung dieses Obligationsanspruchs geschah separat in einem besondern, ausschließlich gegen den Bürgen (der Beklagte war, wie ich an anderer Stelle darzuthun hoffe, juristisch gar nicht verpflichtet)[240a]) gerichteten Verfahren, hatte also mit der reivind. Nichts gemein.

---

237) Gegen den etwaigen Einwand, daß doch der b. f. p. nicht als fur hätte behandelt werden können, verweise ich auf mein „Schuldmoment im römischen Privatrecht", Gießen 1867. S. 11 fl.

238) Denn bevor nicht das Haupturtheil gesprochen, ließ sich nicht von einem: vindiciam falsam tulisse reden.

239) z. B. durch die act. arborum furtim caesarum. Ebenso im späteren Recht durch die actio legis Aquiliae: L. 27 §. 2 de R. V. (6. 1) ... act. legis Aquiliae durat.

240) Auf ersteres beschränkt ihre Haftung Pseudo-Asc. (Orelli p. 191): ne interea possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat, während Gajus IV. 16. 94 die Bürgen schlechthin „litis et vindiciarum i. e. rei et fructuum nomine" wegen haften läßt.

240a) Zusatz zur vierten Auflage:

Ich benutze diese Gelegenheit, um Ansichten, die ich schon seit

Digitized by Google

Die Beendigung des Processes durch Urtheil und Execution blieb ebenfalls dem Charakter der rein dinglichen Klage treu.

Jahren in meinen Vorlesungen über Rechtsgeschichte vortrage, zu veröffentlichen.

Ich pflege die im Text genannten Bürgen als Einständer zu bezeichnen. Unter letzteren verstehe ich diejenigen, welche in ältester Zeit, als das Recht noch keine obligationes faciendi kannte, dafür die Haftung übernahmen, daß ein Anderer etwas thue. Der Zweck ihrer Haftung bestand darin, daß sie den Andern zur Vornahme der Handlung nöthigen sollten, sie waren als Pressionsinstrumente gedacht. — Juristisch ging ihre Verpflichtung nicht auf das facere, sondern auf Geldzahlung (dare). Hinter dem bedingten dare aber steckte das eigene und das facere dessen, für den sie eintreten. In Form der Stipulation gebracht, würde die Stipulation gelautet haben: Spondesne dare, nisi Titius fecerit? Diese indirekte Erzwingung der Handlung einer Person durch Uebernahme der Haftung dafür von Seiten einer dritten fand in ältester Zeit die ausgedehnteste Anwendung. Zu den oben genannten praedes (durch welche in alter Zeit auch die Reparaturpflicht im nachbarlichen Verhältniß vermittelt ward: das lege agere damni infecti bei Gaj. IV. 31) kamen noch hinzu die vades im Civil- u. Kriminalproceß, welche die Haftung für das Erscheinen im Termin, und die völkerrechtlichen Geiseln, die obsides, welche die Haftung für die Treue des Volks übernahmen.

Mit der Haftung des praes hängt zwar nicht etymologisch, aber sachlich aufs engste der Begriffe des praestare zusammen. Praestare ist das Einstehen für etwas, das als solches nicht erzwungen werden kann. In dieser Weise steht der praes für die Handlung oder Unterlassung des andern ein, und bürgt der Schuldner selber, seitdem die obligationes faciendi aufgekommen waren, für den Schadensersatz, er ist sein eigner praes geworden. Das praestare hat historisch den Uebergang zum facere vermittelt: von der indirekten Erzwingung mittels Haftung (Einstehen, Garantiren), d. i. Leistung des Schadensersatzes, zur directen mittels Verpflichtung zur Erfüllung. In der Klagformel war das praestare nicht besonders betont, es steckte in dem dare facere, als Gegenstand der Leistung aber unterschieden die römischen Juristen es noch in späterer Zeit vom dare und facere (L.3 pr. de O. et A. 44. 7), sie verstanden darunter das dare im Fall des nicht beschafften und nicht mehr zu beschaffenden facere, sei es daß es sich überall nicht mehr beschaffen ließ, oder daß der Verpflichtete es auch auf Grund der Klage nicht mehr beschaffen wollte; insofern konnte jede obligatio faciendi mit einem praestare enden.

Der Unterschied des römischen Bürgen (sponsor, fidejussor, fidepromissor, die beiden ersten für den Verkehr der Römer unter sich, der letztere

Digitized by Google

Im neuern Recht haben beide die Form der persönlichen Klage angenommen. Die Verurtheilung erfolgt bei der petitoria formula auf Geld, also auf ein dare (nicht auf rem ejus esse) — eine Veränderung, die durch die vielerlei obligatorischen Zusätze, welche die Klage aufgenommen hatte, unabweisbar geworden war. Daß das Urtheil im ältern Vindicationsproceß nicht auf Geld lauten konnte, wird keiner Bemerkung bedürfen, der

---

für ihren Verkehr mit den Peregrinen) vom Einständer im obigen Sinne (den praedes, vades, obsides) ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst. Jener übernimmt dieselbe (klagbare) Verbindlichkeit des Schuldners, er ist Nebenschuldner neben dem Hauptschuldner, dieser übernimmt eine selbständige Verbindlichkeit, die in der Person dessen, für den er eintritt, gar nicht existirt: ein dare für den Fall, daß etwas, was letzterem obgelegen hätte, unterblieb. Unter diesen Gesichtspunkt des Unterbleibens fällt auch die Bestellung der praedes für das sacramentum (Gaj. IV 16). Das Verhältniß ist nicht so zu denken, als ob sie accessorisch die Verbindlichkeit des Proceßführers zur Zahlung des sacramentum übernähmen, dann wären sie Bürgen, in seiner Person existirt diese Verbindlichkeit gar nicht, sondern sie haften auch hier, wie in allen andern Fällen (Nichtbeschaffung der Leistung vom manceps, der selber gar nicht haftet — Nichtbeschaffung der Reparatur im nachbarlichen Verhältniß — Nichterfüllung der dem Besitzer im Vindicationsproceß obliegenden Leistungen im Fall des Unterliegens — Nichterscheinen im Termin — Bruch der völkerrechtlichen Vereinbarung) für den Fall des Unterbleibens einer in der Person desjenigen, für den sie die Garantie übernommen haben, obliegenden Leistung, hier des Nachweises seines Rechts, d. i. für den Fall der Sachfälligkeit. Damit ist der Einwand, den man diesem Verhältniß gegen meine Begriffsbestimmung des Einständers (= derjenige, der die Verpflichtung zu einem dare übernimmt, für den Fall, daß ein in Rechtsform nicht erzwingbares facere in der Person eines Andern unterbleibt) entnehmen könnte, widerlegt.

Ich kann nicht unterlassen, da ich das Institut der Einständer hier einmal berührt habe, noch einige Worte über die praktische Bedeutung hinzuzufügen. Sie lag in einem Doppelten. Einmal in der Garantie gegen Unzuverlässigkeit, leichtsinniges Processiren u. s. w. — wer eine faule Sache hatte oder nicht vertrauenswürdig war, fand keinen praes oder vas, ebensowenig wie einen vindex, der Proceß ward in der Geburt erstickt. Zweitens in der Pression, welche die Einständer durch ihr eignes Interesse veranlaßt wurden auf ihn auszuüben, um ihn zur schuldigen Leistung zu nöthigen, sie waren ihm als Aufpasser und Treiber gesetzt — ein außergerichtlicher Zwangsapparat zur Beschaffung der richtigen Leistung.

Digitized by Google

Richter durfte nur so sprechen, wie die Formel es ihm vorgezeichnet hatte, also im Sacramentsproceß auf sacramentum justum esse (I. 173).[241]) Auch daß hinterher in einem besondern Nachverfahren das zuerkannte Eigenthum in eine Geldschuld verwandelt worden sei, so daß also der alte Proceß gleich dem spätern seinem schließlichen Verlauf nach mit einer Obligation geendet hätte, muß ich entschieden bestreiten.[241a]). Das für den Legisactionenproceß erwähnte arbitrium liti aestimandae[242]) findet bei den persönlichen Klagen, bei denen ursprünglich die Condemnation auf die Sache selbst, nicht auf Geld lautete,[243]) seine ausreichende Erklärung. Der arbiter konnte nur *schätzen*, nicht condemniren, d. h. keine Obligationen *begründen*, sondern nur den Betrag einer bereits vorhandenen *feststellen*, in der Person des Beklagten bestand aber rücksichtlich des Vindicationsobjects selber keine *Verpflichtung*. Nur rücksichtlich der obigen obligatorischen Nebenansprüche wegen der Früchte und wegen Deterioration oder Vernichtung der Sache konnte, eben weil es sich hier lediglich um den *Betrag* handelte, ein solches Schätzungsverfahren eintreten und ausreichen.

Aber, wird man mir einwenden, das Urtheil im Vindicationsproceß muß doch jedenfalls eine Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache begründet haben. Eine Verpflichtung in dem unbestimmten Sinn des Wortes, in dem man auch wohl von einer Verpflichtung spricht, die Gesetze und Anordnungen der Obrigkeit zu befolgen, allerdings, aber keine Verpflichtung im juristisch-technischen Sinn: keine obligatio. Die alte reivind. ging selbst nicht einmal im Moment ihrer Verwirklichung durch den Begriff der Obligation hindurch, denn der Beklagte hat die

241) Bei der sponsio praejudicialis auf sponsionis summam dari oportere Gaj. IV. 93.

241a) So auch *Bethmann-Hollweg*, Röm. Civilpr. I. S. 193.

242) Val. Probus de notis antiq. §. 4.

243) Gaj. IV. 48.

Digitized by Google

Sache nicht zu geben, sondern der Kläger nimmt sie sich,[244]) das Dulden von Seiten des Beklagten ist Nichts als das Unterlassen der Auflehnung gegen die Rechtsordnung und die Obrigkeit.[245]) Auch wenn der Beklagte nach dem Urtheil gestorben wäre, hätte die Execution keinen Aufschub zu erleiden brauchen, zum besten Beweise, daß jenes Dulden kein Handeln war, denn Handeln setzt eine Person voraus. So wenig es eines Gebens bedurft hätte, wenn der Beklagte von vorn herein einen Widerstand überhaupt nicht entgegengesetzt hätte, sondern wie hier der Kläger nach erfolgter addictio von Seiten des Prätors[246]) einfach den vor Gericht gebrachten Gegenstand mit sich hinweggenommen hätte,[247]) ganz ebenso stand die Sache, wenn dieser Widerstand durch das Urtheil gebrochen war.

Als Resultat unserer bisherigen Ausführungen werden wir den Satz aussprechen dürfen: die reivind. des neuern Rechts ist ein Conglomerat verschiedener um das Eigenthum sich drehender Ansprüche, dinglicher und persönlicher, nicht sowohl eine einzelne Klage, als ein ganzer Complex von Klagen, kurz in analytischer Hinsicht ein Compositum. Die reivind. des ältern Rechts dagegen bleibt dem Gesichtspunkt eines Verfahrens gegen die Sache von Anfang bis zu Ende treu; ihrer ursprünglichen Richtung und Voraussetzung nach lediglich durch die Sache bestimmt, nimmt sie Nichts in sich auf, was über das rein Sachliche hinausginge und die Person träfe, sie entsteht und endet im Gebiet des reinen

---

244) L. 57 pr. de evict. (21. 2) . . ante ablatam vel abductam rem L. 67 ibid., L. 30 de lib. causa (40. 12) . . duci servum debere ab eo, qui vicisset. Ebenso im Besitzproceß, l. 1 pr. Ut ubi (43. 21): quominus is eam ducat und beim Uti possidetis, beide Interdicte ermächtigen den justus possessor zur Selbsthülfe. Uebereinstimmend Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 191.

245) L. un. §. 1 si quis jus (2. 3).

246) Gaj. II. 24 (in jure cessio).

247) Ebenso wenn durch Ertheilung der Vindicien der Besitz von dem Einen auf den Andern übertragen worden war. Liv. III. 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.

Digitized by Google

Sachenrechts, die adminikulirenden obligatoriſchen Anſprüche, deren ſie bedarf, ſchlagen, wie ſie es nach unſerem Geſetz der Analyſe ſollen, die Bahn der act. in personam ein. Die alte rei vind. iſt alſo ein analytiſch einfacher Körper, denn ſie ſchließt keinen Beſtandtheil in ſich, der anderwärts als ſelbſtändiger Rechtsbegriff vorkommt.

Die bisherige Ausführung ſollte den Grundſatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper zunächſt nur an einem beſonders lehrreichen Muſterfall veranſchaulichen.[248]) Um denſelben aber als allgemeines, ausnahmsloſes Geſetz aufſtellen zu können, dazu bedarf es noch eines Weiteren: einer Prüfung ſämmtlicher Rechte des ältern Syſtems unter dieſem Geſichtspunkt. Soll letzterer ſeine Probe beſtehen, ſo darf ſich unter der Zahl derſelben kein einziges befinden, welches aus zwei ſyſtematiſch einfachen Elementen: aus zwei verſchiedenartigen Rechten oder aus Recht und Verpflichtung gemiſcht iſt, es muß vielmehr, wo irgend ein Verhältniß ſeiner Natur nach ein ſolches Zuſammenwirken mehrerer Elemente mit ſich bringt, der ſo eben geſchilderte Weg ſeparater Nebeneinanderſtellung eingeſchlagen worden ſein.

Nach ſolchen Miſchbegriffen wird man nun, wie bereits bemerkt, im älteren Recht vergebens ſuchen. Nicht darin aber hat dies ſeinen Grund, weil es der ältern Zeit an der Subſtanz dafür d. h. den Verhältniſſen ſelber gefehlt hätte, denn wenn auch manche der obigen Beiſpiele einer höheren Stufe wirthſchaftlicher Entwicklung angehören, ſo kannte doch auch das ältere Recht Fälle genug, in denen es, wenn es ſonſt nur gewollt hätte, eine ſolche

---

248) Ein anderes Beiſpiel haben wir ſchon oben S. 139 an dem Ususfructus kennen lernen. Das in der erſten Auflage noch herangezogene Verhältniß der cautio damni infecti als eines Falles, in dem das ältere Recht den Schutz des Grundeigenthums ebenfalls in Form einer beſonderen Obligation vermittelte, iſt in der gegenwärtigen Auflage bereits in Note 240a berührt worden.

Digitized by Google

Verschmelzung zweier Begriffe zur Einheit hätte eintreten lassen können.

Fragen wir also zuerst: gibt es im ältern Recht ein Verhältniß, welches wie die oben S. 183 angeführten des neuern und des heutigen Rechts, zwei systematisch verschiedene Rechte in sich schließt? Ich wüßte keins zu nennen.[249]) Ebenso wenig kennt das ältere Recht jene Combination der beiden Grundformen der Klagen: der actio in rem und der actio in personam für ein und dasselbe Verhältniß. Im ältern Recht ist jedes Verhältniß nur mit einer dieser beiden Klagen ausgestattet, entweder der einen oder der andern, nie mit beiden zusammen. Des Gegensatzes wegen vergleiche man damit einmal die mancherlei Fälle, in denen das neuere Recht für einen und denselben Anspruch sowohl eine persönliche Klage als eine reivindicatio utilis gewährt,[249a]) oder das moderne Legat, für das dem Legatar, wo der Gegenstand darnach geartet ist, ebensowohl die persönliche als die dingliche Klage zur Verfügung steht. In dem alten Recht waren die beiden Klagen, wie bei allen Verhältnissen, so auch beim Legat streng geschieden, das Vindicationslegat ward ausschließlich mit der einen, das Damnationslegat ausschließlich mit der andern geltend gemacht, eine Combination beider Klagen, bez. beider Legatsformen zu einer Doppelform wäre einem Juristen der alten Schule als eine Ungeheuerlichkeit erschienen, und es gehörte der gänzliche Bruch mit den alten technischen Ueberlieferungen dazu, um solche Schöpfungen zu Tage zu fördern.[249b])

---

249) Ich muß abwarten, ob meine Behauptung auf Widerspruch stößt. Die Einwendungen, die ich zur Zeit absehe, sind zu unstichhaltig, als daß ich sie widerlegen möchte. So z. B. die Prädialservitut sei mit dem Eigenthum verbunden. Antwort: darauf beruht eben ihr Begriff, eine einfachere Form für sie ist gar nicht denkbar. Dieselbe Antwort auf den Einwand: die hereditas übertrage Rechte aller Art, die hausherrliche Gewalt gewähre zugleich die Macht über die Person und über alle Sachen, welche dieselbe erwerbe.

249a) S. dieselben in meiner Abh. über die reiv. utilis in meinen Jahrbüchern B. 1 S. 120 ff.

249b) Damit soll denselben aber im übrigen nicht ihr Urtheil gesprochen

Digitized by Google

Wir fragen zweitens: kennt das ältere Recht Verhältnisse, in denen sich Recht und Pflicht oder Gegenrecht zur begrifflichen Einheit verbinden? Auch diese Frage ist schlechthin zu verneinen. Alle Verhältnisse des älteren Rechts sind wesentlich einseitiger Art, sie gewähren dem Berechtigten nur ein Recht, ohne ihm zugleich eine Pflicht aufzuerlegen oder dem Gegner ein Gegenrecht zu verschaffen.

Dieser Gesichtspunkt der Einseitigkeit als ein die Structur sämmtlicher Verhältnisse des alten Rechts bestimmender Gesichtspunkt ist vor mir bereits von Stahl ausgesprochen worden.[250]) Ohne das Verdienst dieses Mannes, dessen tiefen, ins Innere der Dinge dringenden Blick Niemand so hoch anerkennen kann, wie ich, zu schmälern, darf ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß seine Ausführungen Manches zu wünschen übrig lassen. Um von Einzelheiten völlig zu schweigen, so kann ich ihm in Bezug auf die Bedeutung, die er diesem Gesichtspunkt beilegt, in keiner Weise beistimmen. Weder darin, daß in diesem einzigen Gedanken das eigenthümliche Wesen des römischen Rechts völlig beschlossen liege, noch darin, daß derselbe in der ethischen Lebensanschauung der Römer seinen letzten Grund gehabt habe. Was Stahl irre geführt hat, darüber habe ich mich schon bei Gelegenheit des allgemeinen Wesens der Analyse (III. 350) des Weitern ausgesprochen, und es mag hier genügen darauf einfach Bezug zu nehmen.

Das Verhältniß des Mannes zu seiner Frau hat im neuesten Recht den Charakter eines gegenseitigen angenommen, ebenso das des Vormundes zu seinem Mündel, und dasselbe kann man bis zu einem gewissen Grade auch von der väterlichen Gewalt sagen, insofern auch sie dem Vater Pflichten (z. B. die Alimentations-

sein, im Gegentheil erblicke ich in ihnen einen Fortschritt des Rechts zur größeren Vollkommenheit und Vielseitigkeit, s. die oben angeführte Abh. von mir Jahrb. X. S. 517—519.

250) Philosophie des Rechts. Aufl. 2 B. 2 S. 392 ff. (Anhang über den Werth des römischen Privatrechts.)

Digitized by Google

pflicht) auferlegt. Ganz anders im ältern Recht. Denn wie immerhin diese Verhältnisse im Leben und durch die Sitte auch thatsächlich gestaltet sein mochten, juristisch waren sie sämmtlich einseitige Machtverhältnisse, die einen Gegenanspruch des Untergebenen nicht zuließen. Für die Kinder bedarf dies keiner Bemerkung, für die Ehefrau in der manus könnte man höchstens eine Ausnahme rücksichtlich der Dos statuiren. Allein nach der richtigen Ansicht[251]) hatte die Frau, wie überhaupt keinen Anspruch gegen den Mann, so auch nicht rücksichtlich der Dos, es wäre bei der Mannsehe ein Anspruch des Mannes gegen sich selber gewesen. Die Vormundschaft, in ihrer ursprünglichen Gestalt von den Römern ausdrücklich als „Machtverhältniß" definirt,[252]) gehörte in der ältern Zeit zur Zahl derjenigen Pflichtverhältnisse (officia),[253]) die zwar eine höchst innige, durch Infamie geschützte, sittliche Verpflichtung, aber keine juristische Verbindlichkeit begründeten. Unterschlagung erzeugte hier, wie überall, die Diebstahlsklage aufs Doppelte (act. rationibus distrahendis), dagegen war der Gedanke eines specifisch obligatorischen Anspruches des Pupillen gegen den Vormund auf treue und sorgfältige Führung seines Amtes, wie er späterhin in dem judicium tutelae zum Ausdruck gelangt, dem ältern Recht fremd.[254])

Das Eigenthum ließ sich durch Servituten beschränken, und der Eigenthümer selber konnte sich persönlich verpflichten, allein mit dem Eigenthum als solchem (d. h. so, daß sie auf den Nachfolger übergegangen wäre) ließ sich nach altem Recht eine

---

251) Ich freue mich dieser Ansicht, auf die ich von einer andern Seite gekommen war, jetzt bei Bechmann, Das römische Dotalrecht. Erste Abth. Erlangen 1863. S. 105 zu begegnen, der zuerst der herrschenden Auffassung, als ob die Dos zwischen Mann und Frau ursprünglich ein wirkliches Obligationsverhältniß begründet habe, entgegengetreten ist.

252) „Jus ac potestas in capite libero" Cic. de invent. II. 50. L. 1 pr. de tut. (26. 1).

253) Gell. IV. 13.

254) Das Nähere bei den Verhältnissen der bona fides im letzten Abschnitt dieses Theils.

Digitized by Google

Obligation nicht verbinden.[255]) Durch den Satz: servitus in faciendo consistere nequit war dafür geſorgt, daß die Servitut nicht in das Gebiet der Obligation hinübergriff. Die Laſt, die ſie dem Eigenthümer auferlegte, fiel nicht unter den Geſichtspunkt einer Verbindlichkeit, ſie beſtand fort, auch wenn gar kein Eigenthümer, oder ein handlungsunfähiger da war, zum beſten Beweiſe, daß das rein negative Verhalten von ſeiner Seite kein Handeln in ſich ſchloß. Darum erfolgte ihre Geltendmachung auch nicht mit einer act. in personam, ſondern einer act. in rem. Ueber die Structur des ususfructus iſt bereits das Nöthige geſagt.

Am ergiebigſten für unſere Betrachtung iſt das Obligationenrecht. Bei weitem die meiſten Verhältniſſe des obligatoriſchen Verkehrs ſind zweiſeitiger Art, und es wird Niemand daran zweifeln, daß auch ſie dem altrömiſchen Leben bekannt geweſen ſind. Um ſo lehrreicher iſt daher die Thatſache, daß alle Obligationsformen, welche mit Sicherheit auf das ältere Recht zurückzuführen ſind, weſentlich einſeitiger Art ſind, nämlich das Nexum, das Darlehn, der Literalcontract und die Stipulation. Unter den zweiſeitigen Verträgen des ſpätern Rechts gibt es keinen, den die Römer dem jus civile zuweiſen, ſie gehören ſämmtlich dem jus gentium an, das heißt aber m. a. W.: der Gedanke der Gegenſeitigkeit iſt kein urſprünglicher Gedanke des römiſchen Civilrechts, das ſpecifiſch Römiſche iſt die Einſeitigkeit.

Es wird nicht der Angabe bedürfen, wie die Römer mit dieſem Grundſatz der Einſeitigkeit auszureichen vermochten — ſie löſten einfach das zweiſeitige Verhältniß in zwei einſeitige Stipulationen auf (z. B. stipulationes emti venditi, locati conducti). Wollte der Promittent ſicher gehen, daß der Gegner die Einſeitigkeit ſeines Anſpruches nicht mißbrauche, d. h. denſelben

255) Der Aenderung, die ſich mit dieſem Satz in den Provinzen vollzog, iſt bereits oben Note 228 gedacht.

Digitized by Google

nicht geltend mache, bevor er seinerseits erfüllt hatte, so fügte er seinem Versprechen eine darauf gerichtete Bedingung hinzu (centum dare spondes, si equum dederim? equum dare spondes, si centum dederim?). Ebenso wenig werden wir darüber ein Wort zu verlieren haben, daß der Grund dieser Manipulation nicht mit Stahl in der Beschränktheit der ethischen, der Verbindung der Pflicht mit dem Recht widerstrebenden Auffassung der Römer, sondern in denselben Zweckmäßigkeitsgründen zu suchen ist, denen die Analytik des Rechts überhaupt ihren Ursprung verdankt. Die einseitige Obligation ist nicht bloß die einfachste Obligationsform im analytischen Sinn, sondern auch im praktischen Sinn, d. h. die am leichtesten zu handhabende (§. 55).

Jahrhunderte lang hindurch hatten die Römer keine andere Obligation gekannt, als die einseitige, Jahrhunderte lang waren sie gewohnt, die substantiell zweiseitigen Geschäfte des Lebens, wie Kauf, Miethe, Societät in die Form von zwei einseitigen Verträgen zu bringen, in ihnen juristisch nicht einen einzigen, sondern zwei Contracte zu erblicken. Aenderte sich dies nun mit einem Mal, als das Erforderniß der besondern Form dieser Verträge: die Stipulationsform hinwegfiel, sahen sie diese Geschäfte jetzt mit völlig andern Augen an? Jene Aenderung in der Form schloß diese Folge keineswegs in sich, es war vielmehr die Frage nach der juristischen Structur des Geschäfts von der Formfrage völlig unabhängig; ein solcher totaler Umschwung in der ganzen Vorstellungs- und Auffassungsweise ohne zwingende Gründe würde durchaus der Weise der römischen Juristen, dem Continuitätsgesetz der römischen Rechtsentwicklung widersprochen haben. In der That ist er denn auch nicht erfolgt. An die Stelle der stipulatio emti und venditi, locati und conducti trat nicht ein solches zweiseitiges Geschäft, wie wir Neuern es unter dem Kauf- und Miethcontract uns vorzustellen pflegen, sondern die emtio und venditio, die locatio und conductio; m. a. W. jene beiden Geschäfte behielten ihre alte Structur bei, sie blieben, was sie waren: zwei einseitige über einander geschobene Geschäfte. Da-

Digitized by Google

rum iſt es nicht Zufall, nicht eine bloße Reminiscenz an die ehemalige Structur derſelben, daß die Römer zu deren Bezeichnung ſtets den Doppelnamen: emtio venditio, locatio conductio gebrauchen, ſondern es prägt ſich darin das wahre Weſen, die juriſtiſche Structur dieſer Geſchäfte auch vom Standpunkt des neuern Rechts aus. Erſt in unſerer Zeit hat die richtige Erkenntniß davon zu tagen begonnen,[256] aber es fehlt noch viel, daß man mit den Irrthümern, welche die bisher herrſchende Auffaſſung mit Nothwendigkeit in ihrem Gefolge haben mußte, aufgeräumt hätte.[257]

Auch für diejenigen weſentlich oder zufällig zweiſeitigen Geſchäfte, welche die Römer mit einem Namen bezeichneten, wie z. B. die societas, das mandatum u. a. wiederholt ſich derſelbe Mechanismus, dieſelben können für den einen Theil von vornherein ungültig, für den andern gültig ſein, für den einen fortdauern, für den andern nicht. Bei dieſem partiellen Beſtehen nimmt der nicht zur juriſtiſchen Exiſtenz gelangte Gegenanſpruch des andern Theils den Charakter einer Bedingung der Realiſirung des gegneriſchen Anſpruchs an — eine Art der indirecten Verpflichtung des Gegners, auf welche die römiſchen Juriſten den Begriff und Ausdruck der obligatio naturalis angewandt haben. Das Verhältniß iſt aber in Wirklichkeit kein anderes, als bei der oben angegebenen bedingten stipulatio emti, aus der es ſich hiſtoriſch entwickelt hat. Ein Pupill, der mittelſt der stipu-

256) Brandis, Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. B. 7 S. 138 fl. Dernburg, Compenſation S. 70 ff.

257) So z. B. in der Lehre von dem Irrthum, für welche Savigny Syſtem B. 3 S. 294 die Behauptung aufſtellt, daß auch der Verkäufer wegen Irrthums des Käufers von ſeiner Verbindlichkeit frei werde. Bei der Ehe würde dies richtig ſein, denn eine Ehe kann nicht für den einen Theil nichtig, für den andern gültig ſein, die Eingehung der Ehe enthält einen wirklich zweiſeitigen Vertrag, bei dem die Wirkungen für beide Theile ſich gegenſeitig bedingen. Dies gilt aber für den Kauf- und Miethcontract nicht, eben weil beide nur ein Compoſitum von zwei Verträgen ſind, es kann eine emtio ohne venditio, eine venditio ohne emtio geben.

Digitized by Google

latio emti »spondesne equum dare, si centum dederim?« sich das ohne Tutor gekaufte Pferd hatte versprechen lassen und dafür seinerseits: centum dare, si equum dederis spondirt hatte, haftete für den Kaufpreis nicht anders, als wenn er ohne Stipulation die Sache gekauft hatte — wollte er das Pferd, so mußte er die Bedingung erfüllen.

In unserm heutigen Recht sind zur Zahl der zweiseitigen Verträge noch die s. g. Innominatcontracte hinzugekommen,[258]) in ihrer reinen römischen Gestalt gehören sie bekanntlich zur Zahl der einseitigen — ein neuer Beleg für die Ausdehnung, in welcher der Gedanke der Einseitigkeit noch das neuere Obligationenrecht beherrscht, für die Zähigkeit, mit der noch die spätere Zeit an diesem alt- und echtrömischen Gedanken festhielt.

Das Erbrecht bot diesem Gesichtspunkt nur bei dem Legat Raum, denn die Erbschaft schließt mit Nothwendigkeit den Uebergang von Rechten und Verbindlichkeiten in sich, darauf beruht ja der Begriff der Universalsuccession. Es hieße das wahre Verhältniß mehr verdecken als aufklären, wollte man es dadurch mit unserem Gesichtspunkt in Uebereinstimmung bringen, daß man sagte: der Erbe werde lediglich berechtigt, denn er überkomme nicht unmittelbar die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, sondern das ideale Object der hereditas, den ökonomischen Niederschlag der Persönlichkeit des Erblassers.

Beim Legat dagegen ist unser Gesichtspunkt wiederum streng durchgeführt. Das Legat so wie das ihm correspondirende Geschäft unter Lebenden: die Schenkung, sind nach älterer Auffassung rein einseitige Zuwendungen, mit deren Begriff die Auflage einer Verpflichtung[259]) nicht vereinbar ist; einem Legatar

---

258) Aber wohlgemerkt: sie können zweiseitig sein, brauchen es aber nicht zu sein (selbst der Tauschcontract nicht); die Möglichkeit, daß nach Absicht der Contrahenten bloß der eine Theil verpflichtet sein solle, wenn der andere geleistet habe, nicht aber letzterer, ist auch im heutigen Recht nicht hinweggefallen.

259) Die Auflage eines modus fiel nicht unter den Gesichtspunkt einer

Digitized by Google

konnte kein Legat, dem Donatar keine Obligation auferlegt werden. Im neuern Recht ist beides möglich geworden, beim Legat dadurch, daß der Legatar mit einem Fideicommiß belastet werden kann, bei der Schenkung durch die directe Erzwingbarkeit des Modus.

Ist die ältere Jurisprudenz, wie so eben angenommen, wirklich von dem Satz ausgegangen, daß liberale Zuwendungen sich nicht mit obligatorischen Auflagen verbinden lassen, so wird sie es auch nicht geduldet haben, daß der Vater bei der Emancipation des Sohnes oder der Herr bei Freilassung des Sklaven sich etwas ausbedang. Rücksichtlich des ersteren Falles wird Niemand Zweifel hegen, rücksichtlich des letzteren möchte es daraus hervorgehen, daß zu dem Zweck der Eid benutzt ward (jurata operarum promissio), was darauf deutet, daß man diesen Zweck in juristischer Form ursprünglich nicht zu erreichen vermochte.

Hiermit habe ich meine Uebersicht geschlossen, und wenn ich sonst kein Verhältniß übergangen habe,[260]) so glaube ich das Resultat derselben in den Satz zusammenfassen zu dürfen: das ältere Recht kannte kein Verhältniß, welches aus Recht und Verbindlichkeit gemischt war. Gesellen wir dazu unsern frühern Satz, daß dasselbe ebenso wenig ein Verhältniß kannte, bei dem zwei systematisch verschiedene Rechte zur begrifflichen Einheit zusammengefügt waren, so möchte damit der an die Spitze dieses Paragraphen gestellte Gesichtspunkt der elementaren Einfachheit der Rechtskörper seine Erläuterung und Rechtfertigung gefunden haben.

Verpflichtung; der modus verhält sich zur Obligation, wie die bei der mancipatio durch deductio vorbehaltene Servitut zum Eigenthum, d. h. er war ein bloßer Subtractionsfactor. Erst das neuere Recht hat in paralleler Entwicklung mit dem bei den Innominatcontracten stattgefundenen Fortschritt von der condictio ob causam datorum zur act. praescriptis verbis auch bei jenen beiden lucrativen Geschäften die indirect verpflichtende Kraft des modus zur direct verpflichtenden gesteigert.

260) Auf das öffentliche Recht, das Stahl a. a. O. ebenfalls in den Kreis seiner Betrachtung gezogen hat, lasse ich mich hier nicht ein.

Digitized by Google

2. Analytische Vereinfachung des Thatbestandes.

Vereinfachung des Thatbestandes im Interesse des Beweises. — Ausscheidung lösbarer Elemente in Form selbständiger Begriffe und Verhältnisse — die abstracte Eigenthumsübertragung (doppelte Beurtheilung desselben Aktes vom Standpunkt des Eigenthums und der Obligation aus) — die abstracte Obligation (die act. receptitia) — der abstracte Rechtsträger (die juristische Person). — Anwendung des Grundsatzes in den Verhältnissen des öffentlichen und des Privatrechts. — System der politischen Vitiosität. — Verfassungsmäßigkeit der Gesetze.

Denique sit quodvis simplex duntaxat et unum.
Hor. ep. ad Pisones. v. 23.

LV. Die erfolgreiche Geltendmachung der Rechte hängt ab von dem Beweis ihres Thatbestandes, d. h. des Inbegriffs der Voraussetzungen, an welche das Gesetz die Entstehung derselben geknüpft hat. Der Beweis ist der Preis, um den die Rechte processualisch zu haben sind; je höher dieser Preis, d. h. je umständlicher, schwieriger der Beweis, um so mehr verringert sich der praktische Werth der Rechte, denn letzterer bestimmt sich, wie bei allen Dingen, nicht bloß nach ihrem Inhalt, ihrem Werth und ihrer Brauchbarkeit, sondern zugleich darnach, welcher Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten erforderlich ist, um sich ihrer zu versichern. Möglichste Erleichterung des Beweises ist daher eine der wichtigsten Rücksichten, die der Gesetzgeber und die Wissenschaft bei der Gestaltung der Rechte zu nehmen haben; ein Beitrag zur Lösung dieser Aufgabe wiegt für den Verkehr mehr, als die feinste innere Ausbildung und Zuspitzung der Rechtsbegriffe — die kostbarsten Güter sind werthlos, wenn die Kosten ihrer Erlangung den Gewinn verschlingen.

So einleuchtend diese Wahrheit ist, so viel fehlt doch, daß sie überall von der modernen Gesetzgebung und Wissenschaft in gebührender Weise berücksichtigt worden wäre, und man kann geradezu behaupten, daß der Fortschritt in Bezug auf die innere Seite des Rechts nicht selten durch einen Rückschritt in Bezug auf jene äußere Seite desselben erkauft worden ist. Unser heutiges

Digitized by Google

gemeines Recht steht in dieser Beziehung tief unter dem römischen — eine Behauptung, die ich hier ebenso wenig weiter ausführen darf, als ich nöthig haben werde, die ziemlich nahe liegenden Gründe anzudeuten, in denen diese Erscheinung ihre Erklärung findet.

Die glückliche Lösung des obigen Problems hängt ab theils von einem allgemeinen Moment: der zweckmäßigen Gestaltung des Beweisverfahrens und der Beweislehre überhaupt, — theils von einem besondern, der Theorie der einzelnen Rechte angehörigen Moment: dem richtigen Zuschnitt ihres Thatbestandes (III. 327). Je complicirter, umfänglicher der Thatbestand, je unbestimmter, vager die Erfordernisse, aus denen er zusammengesetzt ist, um so umständlicher, schwieriger der Beweis. Jedes dieser Erfordernisse leistet dem Gegner den Dienst einer offenen Schanze, die er durch bloßes Leugnen in Besitz nehmen kann, und aus der der Angreifende ihn erst mit vieler Mühe vertreiben muß. Durch ungeschickte Formulirung des Thatbestandes kann daher die Verfolgung der Rechte in bedenklichster Weise erschwert, durch geschickte in höchst wirksamer Weise erleichtert werden. Wer unser positives Recht unter diesem Gesichtspunkt prüfen will, wird eine reiche Ausbeute finden, reich genug, um eine höchst interessante und lehrreiche Abhandlung über die Kunst der zweckmäßigen Gestaltung des Thatbestandes zu schreiben. Daß sie bisher nicht geschrieben ist, gehört mit zur Signatur unserer modernen Rechtswissenschaft.

Ueberschlage ich im Geist die verschiedenen Hülfsmittel und Kunstgriffe, welche das römische Recht zum Zweck der Vereinfachung des Thatbestandes in Anwendung gebracht hat, so sind vorzugsweise zwei unter ihnen von principieller Bedeutung: die Veräußerlichung des Thatbestandes, d. h. die Substituirung äußerer Kriterien und Erfordernisse an Stelle der innern — davon ist bereits früher (I. 53, III. 328) gehandelt — und die analytische Vereinfachung desselben — davon ist hier zu reden.

Das Wesen dieser letzteren Operation besteht darin, daß von

Digitized by Google

den zu irgend einem Verhältniß erforderlichen Momenten gewisse aus dem Thatbestand desselben ausgeschieden und in die Form besonderer selbständig wirkender Begriffe und Rechtsmittel gebracht werden. Die Gestalt, die das Rechtsverhältniß schließlich erhält, ist folgeweise nicht das Werk einer einzigen, sondern zweier Kräfte, von denen die eine sich in dieser, die andere in jener Richtung bewegt; die eine setzt und schafft, die andere beschränkt, negirt, ergänzt — ein Zusammenwirken von Kräften nach Art des Parallelogramms der Kräfte, bei dem jede Kraft in einer besonderen Richtung thätig ist, die Gesammtwirkung aber in der Diagonale stattfindet.

Man sieht, es ist dasselbe Verfahren, wie das im vorigen Paragraphen geschilderte, und in einigen Fällen, z. B. bei der abstracten Obligation, trifft es sogar ganz zusammen. Aber Zweck und Motiv ist in beiden Verhältnissen ein verschiedenes. Daß z. B. eine wegen mangelhafter Causa ungültige Eigenthumsübertragung mit einer besondern Klage angefochten werden muß, daß ein im Widerspruch mit den Auspicien erlassenes Gesetz bis zu seiner Aufhebung gültig blieb — das hat mit dem Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtsbegriffe Nichts gemein.

Die Idee der analytischen Vereinfachung des Thatbestandes beschränkte sich keineswegs auf das Privatrecht, ihre interessanteste, jedenfalls aber ihre wichtigste Anwendung fand sie auf dem Gebiete des geistlichen und öffentlichen Rechts, und es wird, um ein vollständiges Verständniß von ihr zu erlangen, nöthig sein, sie auch in der letztern Richtung zu verfolgen. Wir beginnen mit dem Privatrecht.

Der Beweis eines auf derivativem Wege, d. i. durch Succession erlangten Eigenthums löst sich auf in zwei besondere Beweise: den des Eigenthums des Autors und den der Succession (Universal- oder Singularsuccession). Ist die Sache durch mehrere Hände hindurchgegangen, so vervielfacht sich der zweite Beweis in demselben Maße, als Successionsfälle stattgefunden haben. Der erste ist stets nur dadurch zu erbringen, daß in der Person

Digitized by Google

des näheren oder entfernteren Vorgängers eine Entstehung des Eigenthums auf originärem Wege dargethan wird. In der ersten Beziehung genügt es nicht, nachzuweisen, daß der Eine dem Andern die Sache *tradirt* habe — denn die Tradition als solche überträgt bloß *Besitz* — es muß vielmehr dargethan werden, daß sie zum Zweck der *Eigenthums*übertragung erfolgt ist; das Geschäft, aus dem sich dies ergibt, muß also angegeben und bewiesen werden; war dasselbe ein Kaufcontract, außerdem noch die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises, da letztere bei diesem Geschäft die Voraussetzung des Eigenthumsübergangs bildet. Welche Schwierigkeit des Beweises! Ist es dem Beweisführer auch gelungen, alle die früheren Innehaber bis zum originären Eigenthümer: dem Fabrikanten, Producenten, Occupanten, Usucapienten, ausfindig zu machen und das Successionsverhältniß zu constatiren, so hat er bei jedem erst noch zu ermitteln, wie hoch der Kaufpreis sich belief, und ob er bezahlt oder creditirt worden ist. Ein einziges mangelndes Glied in dieser Kette, und die ganze Kette ist unterbrochen.

So hat also der Beweisführer die Sache bei allen ihren Irrfahrten und Sprüngen zu begleiten, ihren Lauf rückwärts bis zum ersten Ausgangspunkt zu verfolgen, kurz ihre ganze Geschichte zu schreiben. Welche Zumuthung! Wer gäbe nicht häufig lieber die Sache selber Preis, als sich dieser Mühe zu unterziehen. Dazu gesellt sich noch ein anderer erschwerender Umstand. Steht einmal die Eigenthumsübertragung in Abhängigkeit von dem Geschäft, dessen Ausführung sie enthält, so muß nothwendigerweise ein Ungültigkeitsgrund, der letzteres betrifft, z. B. Betrug, Zwang, Irrthum, seinen Einfluß auch auf sie erstrecken, d. h. so lange nicht die Usucapion diesen Mangel in der Person irgend eines Innehabers geheilt hat, bis in die entferntesten Hände hinein nachwirken.

Welche unpraktische Gestalt des Eigenthums, welcher Aufwand von Mühe und Kosten, und trotzdem oder gerade darum wie naheliegend die Gefahr, daß das Eigenthum sich in dieser

Digitized by Google

langen Schleppe, die es nach ſich zieht, verwickele und zu Falle komme. Es iſt nicht dieſes Orts zu zeigen, welche verſchiedenen Mittel das römiſche Recht in Anwendung gebracht hat, um jene Schwierigkeiten zu verringern.[261]) Wir beſchränken uns auf ein einziges, aber allerdings ſehr ausgiebiges: die analytiſche Ausſcheidung des Cauſalmoments bei der Eigenthumsübertragung, und zwar laſſen wir dabei die Tradition ganz außer Acht aus Gründen, die ſeiner Zeit erhellen werden,[262]) ſo daß alſo nur die mancipatio und in jure cessio zur Betrachtung übrig bleiben.

Das juriſtiſche Weſen beider Geſchäfte läßt ſich mit dem Begriff der abſtracten Eigenthumsübertragung wiedergeben — einer Eigenthumsübertragung, die von ihrem Cauſalmoment ſich frei gemacht, abſtrahirt hat. Das Cauſalmoment hat eine große Aehnlichkeit mit dem Motiv, unterſcheidet ſich aber weſentlich von demſelben. Das Motiv iſt etwas für die juriſtiſche Charakteriſtik des Geſchäftes völlig Unweſentliches. Ob Jemand kauft, weil er die Sache nöthig hat, oder weil er dem Verkäufer einen Verdienſt zuwenden will, ob er ſchenkt aus Eitelkeit oder aus Wohlwollen, iſt völlig gleichgültig, der Kaufcontract, die Schenkung als ſolche iſt eine juriſtiſch völlig verſtändliche Thatſache, welche die Frage nach dem Warum in einem Juriſten gar nicht hervorruft. Ganz anders bei der Eigenthumsübertragung. Der Zweck oder Grund, deſſentwegen ſie erfolgt, iſt nicht bloßes Motiv, etwas in der ſubjectiven Innerlichkeit Beſchloſſenes, was jede Partei für ſich behalten kann, ſondern es iſt ein Element des

261) Uſucapion, act. Publiciana, interd. utrubi, Erforderniß der Angabe der causa von Seiten des Beklagten im ältern Vindicationsproceß (S. 89).

262) S. die Theorie der Rechte, wo der Nachweis verſucht werden wird, daß das Vindicationseigenthum, von dem hier allein die Rede iſt (dominium ex jure Quiritium), urſprünglich auf res mancipi beſchränkt war. Die Structur der Tradition, die ihre Kraft als Eigenthumsübertragungsform für res nec mancipi erſt im neuern Recht erhalten hat, weicht von der mancipatio und in jure cessio nicht unerheblich ab.

Digitized by Google

Geschäfts selbst, über das beide Parteien einverstanden sind, eine gemeinsame Voraussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen specifischen vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung, Schenkung, Zweckgabe u. s. w. aufdrückt, kurz ein zur vollständigen juristischen Charakteristik dieses Akts völlig unentbehrliches Merkmal. Wird dieses Moment uns vorenthalten oder richtiger einer separaten Untersuchung überwiesen, so fehlt uns etwas zum vollen Verständniß des Akts; auf die Frage: Warum? gibt er uns keine Antwort, unser Urtheil über ihn kann daher nur ein einseitiges sein. Eben diese Einseitigkeit ist aber der Zweck dieser ganzen Manipulation, die Eigenthumsübertragung soll lediglich darnach beurtheilt werden, ob ganz abgesehen von all dem andern, was die Parteien sonst noch wollten, eine Eigenthumsübertragung beabsichtigt war, m. a. W. es soll lediglich der abstracte Eigenthumsübertragungswille ermittelt werden. Jene beiden Akte stellen uns demnach den Eigenthumswillen dar in seiner absoluten Isolirung, seiner auf dem Wege der juristischen Analyse beschafften Reinigung von allem obligatorischen Beiwerk — um dieselbe zu beurtheilen, braucht man Nichts vom Obligationenrecht zu verstehen! — sie sind Vorgänge, die sich ausschließlich auf dem Gebiete der Eigenthumstheorie bewegen: reine Eigenthumserwerbungsarten.

Das hohe Alter der mancipatio beweist, daß die Römer sich zu jener Höhe der Abstraction, von der sie Zeugniß ablegt, schon früh aufgeschwungen haben. Der Form nach hält die mancipatio noch an dem Gedanken der Nothwendigkeit des Causalmoments bei der Eigenthumsübertragung fest, denn sie motivirt dieselbe mittelst eines von der andern Seite sofort erfüllten Scheinkaufs (eaque mihi emta est hoc aere aeneaque libra) — eine Erscheinung, die sich bei der abstracten Obligation, dem nexum und dem Litteralcontract und bei unserem Wechsel in der früher üblich gewesenen Valutaclausel („Valuta erhalten") wiederholt. So legt also die mancipatio gewissermaßen durch ihre eigene Form das Geständniß ihrer Künstlichkeit ab, indem sie das Mo-

Digitized by Google

ment, von dem sie sich thatsächlich losreißt, ausdrücklich als berechtigtes anerkennt.

In der in jure cessio ist selbst diese rein äußerliche Reminiscenz an das Causalmoment überwunden, sie ist auch der Form nach, was sie der Sache nach ist: ein reiner Eigenthumsübertragungsakt, und bekundet auch dadurch ihr relativ jüngeres Alter (III. 553). Der Umstand, daß sie auch auf res nec mancipi, seitdem auf sie die reivindicatio übertragen war, Anwendung fand, gab das Mittel an die Hand, das die traditio versagte, um nämlich auch bei ihnen eine abstracte Eigenthumsübertragung vorzunehmen.[263])

Fragen wir nun, worin der praktische Nutzen der Ausscheidung des Causalmoments bei jenen beiden Geschäften bestanden habe, so traf derselbe zunächst die Vereinfachung des Beweises bei der reivindicatio. Der Kläger war der Mühe überhoben, den Geschäften nachzuforschen, vermittelst deren die Sache aus der einen Hand in die andere gegangen war, und auch dem Beklagten waren alle Einwendungen, die er der etwaigen Ungültigkeit derselben hätte entnehmen können, abgeschnitten, m. a. W. das Causalmoment der Eigenthumsübertragung bildete kein Streitmaterial für die reivind., weder für den Hauptbeweis, noch für den indirecten Gegenbeweis.

Der zweite Vortheil lag in Folgendem. Die Form, in der das Causalmoment seine Verwendung fand, war die einer auf die beiden, unmittelbar durch das betreffende Geschäft in Verbindung gesetzten Personen beschränkten, d. h. persönlichen Klage (der Contracts-Klage oder der Condictionen wegen mangelhafter oder nicht erfolgter causa). War also das Eigenthum z. B. unter einer Voraussetzung übertragen worden, die von Anfang an nicht vorhanden gewesen oder späterhin nicht eingetreten war, so gewährte dieser Umstand zwar dem Geber eine condictio ob cau-

263) Ein zur Erklärung der Thatsache, daß man sich bei res nec mancipi statt der bequemeren Tradition der Abtretung vor Gericht bediente, nicht unwichtiger Umstand.

Digitized by Google

sam datorum, um damit den erfolgten Eigenthumsübergang wieder rückgängig zu machen, aber wohl zu beachten: nur gegen den Empfänger — das Eigenthum selber ward dadurch nicht berührt, es ging frei aus der einen Hand in die andere. Dieser Mechanismus, den das spätere Recht im Wesentlichen auch für die Eigenthumsübertragung durch Tradition beibehalten hat, ist vielleicht einer der glücklichsten Gedanken des römischen Rechts, jedenfalls einer der festesten Anker für die Sicherheit des Eigenthums. Man würde sich irren, wenn man die Gestalt der Sache als etwas sich von selbst Verstehendes betrachten wollte; das spätere Recht lehrt das Gegentheil. Letzteres hat nämlich in einigen Ausnahmsfällen den entgegengesetzten Weg eingeschlagen, so z. B. bei der act. quod metus causa, bei der restitutio in integrum der Minderjährigen,[264] bei der Resolutivbedingung, wenigstens in gewissen Verhältnissen.[265] Der Fehler, der dem Eigenthum von seiner Geburt her anhaftet, wird hier nie überwunden, das Eigenthum ist als ein krankes, kränkliches zur Welt gekommen; in dem durch seine mangelhafte Begründung bewirkten Fehler trägt es den Todeskeim in sich, der, wie spät und wo er sich auch entfaltet, dem Eigenthum den Untergang bereitet und damit den Un-

---

264) L. 13 §. 1 de minor. (4.4) .. adversus rei possessorem, licet cum eo non sit contractum. L. 14 ibid. — L. 9 pr. ibid. L. 1 Cod. si adv. vend. (2. 27). (Nicht bei der rest. majorum, wie man aus L. 30 §. 1 ex q. c. maj. [4. 6] abnehmen will.) — L. 58 de re jud. (42. 1).

265) Dazu würden sich noch manche Fälle der reivind. utilis gesellen, wenn die herrschende Lehre richtig wäre. In meinen Augen ist die Resolutivbedingung in ihrer modern römischen Gestalt (Jahrb. X. S 570 fl.) d. h. als dinglich geschützter Vertrag vom legislativen Standpunkt aus einer der verwerflichsten Rechtsmechanismen, die es gibt; die Form, die ihr gebührt, und die sie stets hätte behalten sollen, ist die des persönlichen Anspruchs (Contractsklage oder cond. causa data causa non secuta). In ihrer modern-römischen Gestalt schließt sie eine große Gefahr für das Eigenthum und eine ergiebige Quelle bedenklichster Verwirrung in sich. Freilich wiederholt sie sich, und zwar wie es scheint, unabhängig vom römischen Recht, auch im englischen, s. Gundermann, Engl. Privatr. I. S. 241.

Digitized by Google

schuldigen, den spätesten Nachmann mit in die Verwicklung und den Schaden hineinzieht.

Solche dem Eigenthum auf allen seinen Wegen nachschleichende Rückforderungs- und Anfechtungsklagen waren dem ältern Recht völlig fremd. Das altrömische Eigenthum ist gesund und kräftig, wie alle Institute des ältern Rechts, und gegen jede Beeinflussung durch irgend einen bei seiner Begründung vorgekommenen Fehler gesichert. All' der Ansteckungsstoff, der ihm auf seinem Wege und bei seiner Berührung mit der Obligation gefährlich werden könnte, entweicht in die Form der persönlichen Klagen, d. h. das Anfechtungsmaterial, das aus der Art, wie das Eigenthum im einzelnen Fall entsteht, sich ergibt, bleibt bei den zwei sich unmittelbar gegenüberstehenden Personen zurück, das Eigenthum selber aber wandelt unversehrt und intakt von einer Hand in die andere. Der Eigenthümer leidet nicht unter dem, was der Käufer verschuldet hat. Den Condictionen wegen Mangels in der causa, die den Krankheitsstoff in sich aufnehmen, verdankt das altrömische Eigenthum seine Kraft, Gesundheit, Sicherheit.

Diese Selbständigkeit der Eigenthumsfrage verleugnete sich selbst für das Verhältniß der unmittelbar gegenüberstehenden Parteien nicht, d. h. auch in dem zwischen ihnen obschwebenden Vindicationsproceß fand nach den in §. 52 entwickelten Grundsätzen das auf die Eigenthumsübertragung bezügliche Anfechtungsmaterial keine Berücksichtigung. Gleichzeitig mit dem einen Proceß konnte freilich zugleich der andere instruirt und möglicherweise dafür derselbe Richter bestellt werden. In beiden Processen handelte es sich um denselben äußern Akt, aber der Standpunkt der Betrachtung war hier und dort ein völlig verschiedener, in dem einen war es der des Eigenthums, in dem andern der der Obligation, und es war daher durchaus nichts Widersprechendes, daß der Richter einen und denselben Akt der Eigenthumsübertragung vom ersteren Standpunkt aus für vollkommen wirksam, vom letzteren aus für anfechtbar erklärte. Diese Möglichkeit der Duplicität der Beurtheilung eines und desselben Aktes von verschiede-

Digitized by Google

nen rechtlichen Standpunkten involvirt für den Akt selber eine Duplicität seines juristischen Charakters, und der Jurist kann diese Anschauung vom möglichen Doppelcharakter der juristischen Thatsachen nicht genug in sich ausbilden. Jedes Geben — und ganz dasselbe gilt von jeder Vermögenszuwendung (z. B. der Bestellung einer Servitut, der Cession, Novation ꝛc.) — trägt einen doppelten juristischen Charakter an sich und ist daher von dem, der genau sprechen will, auch mit verschiedenen Namen zu bezeichnen. Derselbe Akt, der in der einen Qualität den Namen: mancipatio, traditio führt, heißt in der andern solutio, indebiti solutio, donatio, mutuum u. s. w. In der einen Richtung kann er bestehen, in der andern nicht; derselbe Richter, der den Akt als gültige Eigenthumsübertragung anerkannt und geschützt hat, kann ihn als ungültige solutio rescindiren, d. h. die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigenthums aussprechen (nicht das Eigenthum selbst aufheben), so wie er umgekehrt auch zu dem Resultat gelangen kann, daß der Schuldner alles, was ihm oblag, gethan hat, obschon der Uebergang des Eigenthums noch nicht bewerkstelligt ist.[265a])

Der Gedanke der Ausscheidung des Causalmoments, den wir so eben für das Eigenthum entwickelt haben, wiederholte sich auch für das alte Obligationenrecht; die abstracte Eigenthumsübertragung fand in der abstracten Obligation ihr würdiges Sei-

---

265a) Beispiele des ersteren Falles bieten unsere Quellen in Menge; außer den bekannten der condictio indebiti, sine causa u. s. w. s. Gaj. II. 84: si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur. Ueber den zweiten Fall s. L. 55 de cond. (35. 1), welche eine als Bedingung des Legats gesetzte Zahlung an einen Unfähigen zum Gegenstand hat: conditioni parere debet et ducenta dare ... licet nummos non faciat accipientis. Das Auseinanderhalten der Tradition und Zahlung im letzteren Fall ist insbesondere wichtig für die richtige Beurtheilung des Falls, wenn der Schuldner auftragsmäßig die Sache abgesandt hat, ohne daß dieselbe schon in den Besitz des Gläubigers gelangt ist; gewöhnlich wirft man hier beide Begriffe durcheinander, s. dagegen meine Ausführung in meinen Jahrbüchern IV. S. 419 fl.

Digitized by Google

tenstück.[265b]) Auch sie war ein Kunstproduct, kein Mensch verspricht ein „dare oportere", ohne sich darüber klar zu sein, ob er dies thut, um zu schenken, zu noviren, eine Gegenleistung hervorzurufen u. s. w., und auch bei ihr fiel dieser Grund oder Zweck des Versprechens nicht unter den Gesichtspunkt eines bloßen Motivs, sondern unter den oben entwickelten Begriff des Causalmoments, d. h. eines zum vollen Verständniß des Vorgangs unentbehrlichen Umstandes. Die Ausscheidung desselben hat daher bei ihr ganz dieselbe Bedeutung, wie bei der Eigenthumsübertragung; indem sie die Fäden, mit denen das Verhältniß am Boden festhängt, löst, hebt sie dasselbe auf eine künstliche Höhe abstracter Existenz und verweist das Zurückgebliebene in die Form besonderer Klagen.

Bei der Obligation ist dies Verfahren noch um einen Grad künstlicher, als beim Eigenthum. Bei letzterem sind die beiden Elemente, die sich trennen, systematisch verschiedener Art: Eigenthum und Obligation, bei der Obligation sind sie von einer und derselben Art. In welchem Maße übrigens auch bei ihr diese Trennung indicirt ist und durch die Macht der Dinge gefordert wird, lehrt der Umstand, daß die abstracte Obligation sich zu allen Zeiten und auf allen Stufen der Rechtsentwicklung wiederholt, im ältesten Rom wie im Mittelalter und in der Gegenwart, trotz des Widerstandes, den Gesetzgebung und Theorie — meiner Ueberzeugung nach aus unzureichenden Gründen — ihr nicht selten entgegengesetzt haben.[266]) Ich werde nicht nöthig haben, das,

---

265b) Im heutigen Recht ist noch das abstracte Pfandrecht hinzugekommen, welches in derselben Weise von dem Erforderniß der Schuld abstrahirt (bez. die Geltendmachung desselben in die Form der condictio verweist), wie die abstracte Obligation von dem des Schuldgrundes; ein solches Pfandrecht ist eine (negativ durch Nichtablösung bedingte) Realanweisung auf den ganzen oder theilweisen Werth einer Sache und kann ebensowohl credendi als donandi als solvendi causa ertheilt worden sein.

266) z. B. Justinian (Note 166). Ein Beispiel aus neuester Zeit bietet der Begriff der Anerkennung, dessen Ausbreitung und Einbürgerung in unserer Praxis schwerlich durch theoretische Bedenken aufgehalten werden wird.

Digitized by Google

was oben (S. 212) über den praktischen Nutzen dieser Operation beim Eigenthum gesagt ist, in specieller Anwendung auf die Obligation zu wiederholen. Nur eine Bemerkung kann ich nicht unterdrücken. Es könnte nämlich scheinen, als ob der dort hervorgehobene zweite Vortheil auf die Obligation keine Anwendung fände, indem letztere sich nicht gleich dem Eigenthum, um mich so auszudrücken, auf die Wanderschaft begeben kann, vielmehr stets auf die ursprünglich sich gegenüberstehenden Personen beschränkt bleiben müßte. Diese Vorstellung ist eine irrige. Das Gegentheil lehrt nicht bloß unser moderner Wechsel, dessen Circulationsfähigkeit der des Eigenthums Nichts nachgibt, sondern auch die römische Obligation bei Gelegenheit der Delegation. Wie das Causalmoment des Eigenthums bei dem Uebergang desselben in eine zweite Hand zurückbleibt in dem Rechtsverhältniß des Gebers und Empfängers, so in gleichem Fall das des Wechsels in dem des Ausstellers und ersten Nehmers, das der ursprünglichen Obligation in dem des Deleganten und Delegaten — Eigenthum, Wechsel, Obligation gehen frei und rein in die zweite und folgende Hand über![267])

Die Formen, in denen der Begriff der abstracten Obligation im römischen Recht sich verwirklicht hat, sind das Nexum, der Literalcontract, die Stipulation und eine vierte problematische Form. Die beiden ersten correspondiren der mancipatio, sie tragen das Causalmoment, das sie der Sache nach ausgeschieden haben, als Formelement noch in sich, indem sie nämlich die

267) Ueber die Delegation s. L. 12 de novat. (46. 2) . . Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit, sed is qui delegavit, tenetur condictione caet. L. 19 ibid. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est, idemque est in ceteris similibus exceptionibus. L. 78 §. 5 de J. D. (23. 3). Die neueren Juristen ließen eine Ausnahme zu, die sich aber auch beim Eigenthum wiederholt, nämlich wenn der Uebergang in die zweite Hand auf Grund einer Schenkung erfolgt war. Vergl. L. 7 pr. de doli exc. (44. 4) mit L. 4 §. 29 ibid.

Digitized by Google

Verpflichtung des Schuldners durch die Fiction eines Darlehns motiviren. Beim Nexum geschieht dies nach Art der mancipatio in plastischer Weise mittelst scheinbaren Zuwägens des Geldes, beim Literalcontract hat sich die Imitation des Darlehns nach Art der Valutaclausel beim Wechsel zu einer bloßen schriftlichen Beurkundung desselben in den Hausbüchern (acceptum und expensum ferre) abgeschwächt. Erst in der Stipulation erreicht die abstracte Obligation die Höhe, welche die abstracte Eigenthumsübertragung in der in iure cessio erstiegen hat, d. h. auch die wirkliche oder fictive Anknüpfung an ein ihr unterliegendes Geschäft ist verschwunden — ein Fortschritt in der Form, wie bei unserm Wechsel der durch die deutsche Wechselordnung stillschweigend angeordnete Wegfall der Valutaclausel Nur bei der Aufhebung der Stipulationsschuld durch acceptilatio repetirt der obige Gedanke, von dem die Stipulation selber sich bereits frei gemacht hat; Frage und Antwort lauten nicht auf dare non oportere, sondern gleich dem heutigen Schulderlaß mittelst Quittirung auf „acceptum habere".

Zu den bisher genannten Formen der abstracten Obligation, von denen die beiden ersteren im neuern Recht völlig verschwunden, die dritte aber, wenn auch äußerlich beibehalten, doch durch Zulassung des Causalmoments in Form der exceptio doli ihren ursprünglichen Charakter gänzlich eingebüßt hat, gesellte sich noch im neuern Recht eine andere hinzu, über die wir aber allerdings wenig wissen. Aus der Constitution, in der Justinian die actio receptitia für den gewöhnlichen Verkehr außer Anwendung setzte und passiv auf Banquiers und Kaufleute beschränkte,[267a]) geht so viel mit aller Sicherheit hervor, daß die Idee der abstracten Obligation in ihr zur vollsten Verwirklichung gelangt war, denn das, was er ihr zum Vorwurf macht, daß nämlich der Schuldner, trotz der Einwendungen und Gegenansprüche, die ihm zu Gebote stan-

267a) In Anwendung auf ihre Schuldbekenntnisse (si indefense constituerint) soll es nämlich beim Alten bleiben, d. h. es sollen die Grundsätze der act. receptitia zur Anwendung kommen.

Digitized by Google

den, vorläufig habe zahlen und, um zu ſeinem Recht zu kommen, den Weg der Klage habe einſchlagen müſſen,[268] gerade das enthält das charakteriſtiſche Merkmal der abſtracten Obligation. Das Aufkommen dieſer jüngſten Form liefert einen abermaligen Beweis für die Unentbehrlichkeit der abſtracten Obligation. Seiner bisherigen Formen theils ſchlechthin, theils durch gänzliche Abſchwächung derſelben beraubt, ſchuf der Gedanke der abſtracten Obligation ſich eine neue, bis Juſtinian auch dieſe dem allgemeinen Gebrauch verſchloß und damit den modernen Verkehr nöthigte, im Wechſel abermals eine andere an die Stelle zu ſetzen. Welcher Art jene Form war, ob bloß ſchriftlich oder auch mündlich,[269] ob es dabei ſolenner Worte bedurfte,[270] ob ſie auf Geldſchulden beſchränkt war oder ſich auch auf andere Sachen erſtreckte,[270a]

---

268) Die entſcheidenden Worte der L. 2 Cod. de const. pec. (4. 18) ſind bereits in Note 166 mitgetheilt. Das einzige Zeugniß außer dieſer Conſtitution hat uns Theophilus IV. 6 §. 8 erhalten. S. auch oben Note 28.

269) Theophilus l. c.: τραπεζίτου ἀντιφωνήσαντος (constituente) und L. 2 §. 2 Cod. cit. indefense (ohne Vertheidigung d. h. mit Aufgebung aller Einreden, ſchlechthin, abſtract) constituerint geben darüber keine Auskunft.

270) So Manche, z. B. Bruns, Zeitſchr. f. R. G. I. S. 86, Kuntze, Excurſe S. 496, und es hat die Wahrſcheinlichkeit für ſich. Ob auch dieſe Form auf den Geſichtspunkt der Zurückforderung eines Gegebenen gebaut war, dafür möchte der Ausdruck: recipere kein Argument gewähren, denn das recipere iſt hier nicht vom Gläubiger gebraucht, der das Gegebene zurücknimmt, wie bei der dos receptitia, ſondern vom Schuldner, der die Verpflichtung auf ſich genommen hat. Recipere kommt bei nicht-juriſtiſchen Schriftſtellern theils allein (in se, ad se oder recipere ſchlechthin), theils in Verbindung mit promitto, polliceor, dico, spondeo gar nicht ſelten für Uebernahme einer Verpflichtung vor (vorzugsweiſe einer fremden, ſo auch in L. 8 §. 1 ad SC. Vell. 16. 1, jedoch auch für originäre Verpflichtung, z. B. Cic. ad fam. V. 8, 5 u. a. St.), auch ſubſtantiviſch: receptum et promissum. Plaut. mil. glor. II. 2, 74. Terent. Heaut. V. 5, 12. Liv. XXXIII. 13 i. f. Cic. ad fam. XI. 1, 4. XIII. 10, 3. XIII. 17, 3. ad Att. XIII. 1, 2. Cic. Phil. II. 32, 79. V. 18, 51. Ein techniſcher Ausdruck ſcheint es nie geweſen zu ſein.

270a) Rudorff, De jurisdictione edictum p. 107 ſtellt ſeinen Formelentwurf der Klage auf einen fundus, allein in L. un. Cod. cit. pr. folgt

Digitized by Google

darüber will ich mich aller Hypotheſen enthalten. Dagegen kann ich es mir nicht verſagen, über das ökonomiſche Motiv und die praktiſche Beſtimmung dieſer eigenthümlichen Obligationsart eine Vermuthung zu äußern. Das Bedürfniß, das im Mittelalter den Wechſel hervorrief: die Beſchaffung von auswärtigen Geldzahlungen in der Landesmünze mußte ſich in der Zeit des Welthandels auch in Rom fühlbar machen.[271]) Die Verbindungen, welche die Publikanen, die Banquiers der römiſchen Welt, auf allen Plätzen der Erde unterhielten, boten zu dem Zweck ein vielleicht noch bequemeres und zuverläſſigeres Mittel, als die der Campſadoren des Mittelalters. So vermittelte z. B. Attikus für Cicero die Uebermachung einer Summe, die letzterer ſeinem in Athen ſtudirenden Sohn zugedacht hatte; das Geld ward in Rom eingezahlt und in Athen in Landesmünze ausgezahlt.[272]) Daß die praktiſchen Römer für dieſen Zweck auch das richtige Mittel gefunden haben werden, d. h. eine Form, die nicht bloß dem Einzahler des Geldes, ſondern auch dem Deſtinatär ein Klagerecht verſchaffte, darüber bin ich meinerſeits wenigſtens nicht zweifelhaft. Ohne nun andere mögliche Formen abzuweiſen, wie z. B. die chirografa und syngrafae der Peregrinen,[273]) ſo möchte ich die Vermuthung aufſtellen, daß die act. receptitia in dem angegebenen Zweck oder ſagen wir geradezu in den Bedürfniſſen des römiſchen Wechſelverkehrs ihre eigentliche Entſtehung und Beſtimmung gefunden habe. So würde es ſich erklären, daß Juſtinian, um unſern Vergleich mit dem Wechſel weiter fortzuführen, die paſſive Wechſelfähigkeit auf diejenigen Perſonen beſchränkte, welche durch ihr Geſchäft und ihre Verbindungen die geeigneten

auf das „res exigebatur“ „res indebitas consequi“ hinterher „pecunias indebitas“.

271) Verſchiedenheit des Wechſelcurſes nach Verſchiedenheit der Plätze: L. 3 de eo, quod certo (13. 4); Ausgleichung mittelſt der act. arbitraria de eo quod certo loco.

272) Cic. ad Att. XV. 15, 4: Cures, ut permutetur Athenas, quod sit in annuum sumptum ei. Scilicet Eros numerabit.

273) Gaj. III. 134 : quod genus proprium peregrinorum est.

Digitized by Google

Vermittler des Wechselverkehrs waren: Geldwechsler (argenti distractores) und Handelsleute (alii negotiatores). So ferner die Erscheinung, daß gerade in diesem Verhältniß, für welches die strenge Durchführung des Begriffs der abstracten Obligation allerdings eine Lebensfrage war, sich eine Strenge zu erhalten vermochte, die das römische Recht für den gewöhnlichen Verkehr verworfen hatte. Der formelle Charakter der Klage (solennibus verbis composita) erhöht die Aehnlichkeit mit unserem modernen Wechsel. In unserer heutigen Sprache ausgedrückt würde darnach der Inhalt der justinianischen Verfügung sich dahin angeben lassen: die passive Wechselfähigkeit ist auf Wechsler und Kaufleute beschränkt, die Schuldverschreibungen des gewöhnlichen Lebens sollen nicht in die Form von Wechseln gebracht werden.

Die beiden bisher betrachteten Verhältnisse: die abstracte Eigenthumsübertragung und die abstracte Obligation enthalten die Hauptfälle, in denen der Gedanke der analytischen Vereinfachung des Thatbestandes im ältern Recht zur Verwirklichung gelangte, aber keineswegs die einzigen. Es möge mir erlaubt sein, noch einen dritten Fall hervorzuheben, bei dem die Beziehung zu unserem Gesichtspunkt ungleich versteckter ist.

In Verhältnissen gemeinschaftlicher Berechtigung und Verpflichtung wird die Verfolgung der Rechte und Verbindlichkeiten in eben dem Maße erschwert, als die Zahl der Interessenten wächst,[273a]) doppelt, wenn gar der Kreis dieser Personen dem beständigen Wechsel ausgesetzt, oder das Theilverhältniß, in dem sie an den Rechten und Pflichten participiren, ein unsicheres, schwankendes ist. Für sie selber zwar, wenn sie klagend auftreten wollen, ist die Schwierigkeit nicht so erheblich, theils weil sie selber ihr inneres Verhältniß kennen, theils weil sie sich durch einen gemeinsamen Stellvertreter vertreten lassen können. Anders aber

---

273a) Aequum enim Aedilibus visum est vel in unum ex his ... actiones competere, ne cogeretur emtor cum multis litigare, L. 44 §. 1 de aed. act. (21. 1).

Digitized by Google

für den Dritten, der sie belangen will. Für ihn, den außen Stehenden, ist es ungleich mühsamer und oft geradezu unmöglich, das Theilverhältniß, das er ja bei jedem Beklagten in der Klage angeben muß, zu ermitteln, und der beste, unzweifelhafteste Anspruch würde, wenn dieser Schwierigkeit nicht abzuhelfen wäre, nur zu oft an dieser Klippe zerschellen. Das Mittel, dieser Schwierigkeit zu begegnen, ist durch die Sache selber in dem Maße vorgezeichnet, daß es sich überall unter den verschiedensten Verhältnissen und zu den verschiedensten Zeiten wiederholt. Es besteht einfach in einer Anwendung unseres obigen Gesichtspunktes der analytischen Vereinfachung des Thatbestandes, nämlich in der Ausscheidung jener unbequemen Frage: wie das der Gesammtgemeinschaft an sich zustehende Recht oder die auf ihr lastende Verbindlichkeit im Innern derselben sich unter die Mitglieder vertheile? kurz in der Ausscheidung der innern Seite des Verhältnisses und der Beschränkung auf die äußere Seite, d. h. der Frage von der Existenz des Anspruchs zwischen der Gemeinschaft auf der einen und dem Dritten auf der andern Seite. Technisch wird diese Ausscheidung der subjectiven Seite des Verhältnisses dadurch vermittelt, daß ein künstlicher Träger desselben aufgestellt wird, der nach außen als Subject figurirt. In Wirklichkeit ist dieser Rechtsträger nichts als ein Figurant, ein bloßer Mechanismus, um in bequemer Weise die Beziehungen der Gemeinschaft nach außen hin zu vermitteln; nach innen hin ist nicht Er der Berechtigte, sondern die Gemeinschaftsinteressenten, die hinter ihm stehen, und denen er bloß als Leitapparat dient. Nach außen hin aber nimmt er durchaus die Stellung des wirklich Berechtigten und Verpflichteten ein, Er ist es, der klagt und beklagt wird, der die Rechtsgeschäfte abschließt und ausführt. Seine Stellung ist also keineswegs die eines gewöhnlichen Bevollmächtigten, damit würden die obigen Schwierigkeiten nicht umgangen, denn der Bevollmächtigte, der nicht das eigene, sondern das Recht seiner Mandanten geltend macht, wird durch den ihm obliegenden Nachweis seiner Vollmacht stets auf das innere Theilhaberverhältniß

Digitized by Google

zurückgeworfen, ganz abgeſehen von der prekären, durch Tod und Widerruf jeder Zeit löslichen Natur dieſer Form. Wirklich abgeſchnitten werden dieſe Schwierigkeiten nur dadurch, daß man dieſe Mittelsperſon nach außen hin zum Subject des Rechts ſtempelt.

Dieſe Figur des Rechtsträgers wiederholt ſich theils zu dem angegebenen, theils zu andern Zwecken überall.[274]) Das Intereſſe, das ſie der juriſtiſchen Betrachtung darbietet, iſt mit dem Geſichtspunkt, unter dem wir ſie hier zu betrachten haben, keineswegs erſchöpft;[275]) an dieſer Stelle haben wir uns auf letzteren zu beſchränken.

Die Form, in der der Rechtsträger in Anwendung auf den obigen Zweck im altrömiſchen Recht auftritt, iſt eine doppelte. Die eine beſteht darin, daß jeder Theilhaber nach außen hin die Rolle des Rechtsträgers auf ſich nimmt, was nur bei obligatoriſchen Verhältniſſen möglich iſt, indem nur die Obligation ſich activ und paſſiv beliebig in solidum vervielfältigen läßt. Dies war, wie es ſcheint, die eigentliche Beſtimmung der Correalobligation. Die mehreren Gemeinſchaftsintereſſenten ſchloſſen den Contract in solidum ab, im Fall einer Stipulation promittirte und ſtipulirte Jeder (correi stipulandi, promittendi), oder ſie bedienten ſich zu dem Zweck eines gemeinſamen Sklaven.[276]) So ward Jeder von ihnen Schuldner und Gläubiger, und wie auch ihr Verhältniß im Innern beſchaffen war oder ſich im Lauf der Zeit geſtalten mochte, für das Verhältniß nach außen hin verſchlug dies Nichts.

Die geſchilderte Form reichte bei einer kleinen Zahl der Theil-

274) Man denke z. B. an den Prodominus, Provaſallen im Lehnrecht, den Lehnsträger bei der Geſammtbelehnung; L. 4 §. 9 de fid. lib. (40. 5) .. creare unum ex creditoribus, cui caveatur omnium nomine.

275) Das Weitere ſ. in der Theorie der Rechte bei Gelegenheit des Verhältniſſes des Rechts zum Intereſſe.

276) Sowohl activ: L. 29 de stip. serv. (45. 3) als paſſiv, indem ſie ihm einen Auftrag ertheilten oder bei einem Handelsgeſchäft ihn als institor beſtellten, in welchem Fall die Forderung mit der actio quod jussu oder institoria gegen Jeden von ihnen in solidum eingeklagt werden konnte.

Digitized by Google

nehmer aus, bei ganzen Gemeinden, bei Corporationen, bei den Gesellschaften der Publikanen enthielt sie eine Unmöglichkeit. Hier bedurfte es einer andern Form, und dies ist der bekannte Mechanismus der juristischen Person. In welcher Weise sich die Römer diesen Begriff juristisch gedacht haben, ob bereits in jener ganz abstracten, über das Praktische des Verhältnisses so leicht irre führenden Weise, die uns heutzutage zur zweiten Natur geworden ist, mag hier dahin gestellt bleiben; für unsern Zweck genügt es, zwei Sätze auszusprechen, in denen das eigentlich praktische Wesen dieses Begriffs, das über jener rein doctrinären Frage nur zu oft übersehen wird, beschlossen liegt.[276a]) Das ist *erstens* der Satz, daß nach *innen* hin die einzelnen Mitglieder der juristischen Person die Berechtigten sind — eine Behauptung, die ich zwar erst an anderer Stelle (§. 61 Note 466 fl.) rationell begründen kann, für die aber hier schon die Verweisung auf die Publikanenvereine, von denen schwerlich Jemand das Gegentheil annehmen wird, als Illustration dienen mag. *Zweitens* der Satz, daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder nach Maßgabe ihres Antheilsverhältnisses als Subjecte des Rechts auftreten, sondern die als Trägerin aller Theilrechte, als Inbegriff aller berechtigten Personen gedachte Gesammtheit. Faßt man beide Sätze zusammen, so gelangt man zu dem Resultat, daß der hier zur Anwendung gelangende Mechanismus technisch ganz derselbe ist, wie in dem obigen Verhältniß eines physischen Rechtsträgers, nur daß der Rechtsträger in dem einen Fall eine leibliche, in dem andern eine bloß begriffliche Existenz hat. Entkleidet man das Verhältniß von dieser seiner technischen Form, so bleibt als realer Kern übrig: Geltendmachung von Ansprüchen gewisser berechtigter Personen ohne Nennung ihres Namens, mit Vorenthaltung des internen

276a) In der jüngsten Zeit ist freilich das wahre Wesen der juristischen Personen gegenüber den ungesunden Abstractionen der frühern Doctrin mehr und mehr erkannt, s. vor allem *Unger* in der Krit. Ueberschau VI. S. 147 fl. *Bähr*, Der Rechtsstaat S. 28—30 und *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten §. 226 fl.

Digitized by Google

Verhältnisses der Berechtigten, der subjectiven Seite des Rechts; die Klage wird erhoben für die „Berechtigten", wer sie auch seien (persona incerta), für diejenigen, „welche es angeht", juristische Person im processualischen Sinn ist nur ein anderer Ausdruck für die zeitweiligen, des Nähern nicht angegebenen „Interessenten".

So reducirt sich demnach der Kunstgriff, der bei der juristischen Person zur Anwendung gelangt, auf denselben Gedanken, wie bei der abstracten Eigenthumsübertragung und Obligation: Vereinfachung des Thatbestandes auf analytischem Wege durch Ausscheidung eines für diesen bestimmten Zweck zu entbehrenden, im übrigen in der natürlichen Erscheinung des Verhältnisses aber nicht bloß stets vorhandenen, sondern für seine definitive juristische Gestaltung zugleich völlig unerläßlichen Moments. Alle drei Begriffe sind nichts als Kunstproducte, Mechanismen zum Zweck der Erleichterung der Rechtsverfolgung.[277])

Die Frage vom Thatbestande ist keine ausschließlich privatrechtliche, sie wiederholt sich für alle Theile des Rechts, auch für das öffentliche Recht. Wie das Rechtsgeschäft, so ist auch das Gesetz, wie die Handlungen der Privatpersonen, so sind auch die der öffentlichen Behörden an gewisse Bedingungen geknüpft, deren Nichtdasein ihre verpflichtende Kraft ausschließt. Um so viel höher die Sicherheit und Ordnung der öffentlichen Verhältnisse, das Interesse der gesammten Rechtsordnung über den Verhältnissen des Privatlebens steht, um so viel höher die Bedeutung, welche die richtige Lösung der Frage für das Staatsrecht hat, gegenüber der, die ihr für das Privatrecht zukommt. Sind die Erfordernisse, an welche der Thatbestand der politischen Akte und Einrichtungen geknüpft ist, nicht der Art, daß sich ihr Dasein oder Nichtdasein

277) Was die juristischen Personen im übrigen sind, geht uns hier, wo es sich bloß um ihre Structur vom privatrechtlichen Standpunkt der juristischen Technik aus handelt, Nichts an.

Digitized by Google

auf den ersten Blick erkennen läßt, fordern sie den Zweifel heraus, setzen sie eine Untersuchung voraus, so schließt dies die größte Gefahr für die bürgerliche Gesellschaft, eine Quelle von Versuchungen und Gewissensconflicten und vor allem einen Fluch für den seiner Stellung nach dadurch am meisten betroffenen Richter in sich. Die richtige Gestaltung des Thatbestandes für diese Verhältnisse ist daher eine politische Lebensfrage ersten Ranges. Untersuchen wir, wie das altrömische Staatsrecht dies Problem gelöst hat.

Wir knüpfen an einen bekannten historischen Fall an. Clodius hatte während seines Tribunats den Cicero in die Verbannung getrieben und dessen Haus consecrirt, beides in den dafür vorgeschriebenen Formen. Nachdem Cicero durch Volksbeschluß zurückgerufen war, bemühte er sich diese Consecration rückgängig zu machen, indem er vor dem Pontificalcollegium, welches darüber zu entscheiden hatte, die Nichtigkeit dieses Akts auszuführen versuchte. Der Weg, den er dabei einschlug, war folgender. Clodius, ein geborener Patricier, hatte sich, um das nur den Plebejern zugängliche Tribunat zu erlangen, von einem Plebejer arrogiren und sodann wieder emancipiren lassen. Cicero bestreitet nun die Gültigkeit dieses Akts aus verschiedenen Gründen. An dem Tage, wo die lex curiata über diese Arrogation erlassen, seien Himmelsbeobachtungen angestellt (servatum de coelo) — ein Hinderniß für das agere cum populo —, das Altersverhältniß zwischen Clodius und dem Adoptivvater sei nicht das im Pontificalrecht vorgeschriebene gewesen u. s. w. Nachdem er dadurch die Nichtigkeit der Arrogation dargethan zu haben glaubt, schließt er weiter: war letztere nicht gültig, so ist Clodius nicht Plebejer, folglich auch nicht Volkstribun geworden, war er letzteres nicht, so sind alle Akte, die er in dieser Eigenschaft vorgenommen, mithin auch die durch ihn vollzogene Consecration nichtig.[278])

278) Cic. de domo. Kurz zusammengefaßt findet sich die obige Deduction wiederholt in seiner Rede de provinciis consularibus XIX. 45.

Digitized by Google

Die stillschweigende Voraussetzung, auf der diese ganze Deduction beruht, ist eine doppelte, erstens: jeder Verstoß gegen das geistliche oder weltliche Recht begründet Nichtigkeit des Akts; zweitens: diese Nichtigkeit theilt sich allem mit, was auf Grundlage dieses Akts fernerhin vorgenommen wird. Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Betrachtungsweise, die man als System der absoluten politischen Nichtigkeit bezeichnen könnte, einen gewissen doctrinären Schein hat, namentlich der zweite Satz, denn wie kann sich — möchte man sagen — Leben entwickeln aus einem todten Keim? Andererseits aber liegt es auf der Hand, daß sie mit dem Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit völlig unverträglich ist, und es bedarf nicht der Bemerkung, daß die Römer am wenigsten das Volk waren, um die realen Zwecke und Anforderungen des Lebens dem Streben nach theoretischer Correctheit zu opfern. Und nicht einmal das letztere Lob läßt sich jenem System nachrühmen; der Schein logischer Nothwendigkeit, mit dem es sich umgibt, ist leerer Schein, wie denn überhaupt alles praktisch Verkehrte und Unbrauchbare nie das theoretisch Richtige sein kann.

Der Weg, den das altrömische Staatsrecht eingeschlagen hat, ist in der That ein ganz anderer — ein eben so einfacher, wie logisch untadelhafter und praktisch richtiger.

Das geistliche Recht, das Fas, stellte bekanntlich für die Vornahme aller Akte des öffentlichen Lebens eine Menge von Erfordernissen auf: sie sollten nur vollzogen werden an gewissen Tagen, nur, wenn die Auspicien günstig ausgefallen, wenn keine drohenden Himmelserscheinungen vorgekommen u. s. w. Wer würde nicht erwarten, daß wenn irgendwo, so gerade bei diesen mit der Weihe göttlicher Sanction bekleideten Vorschriften die Nichtbeachtung Nichtigkeit nach sich gezogen hätte? Aber auch das göttliche Gebot fügte sich in Rom den Rücksichten der praktischen Zweckmäßigkeit! Ein Augur oder im Felde der Pullarius hatte sich bei Einholung der Zeichen ein Versehen zu Schulden kommen lassen oder gar absichtlich, um den Akt nicht zu verhindern, die

Digitized by Google

Wahrheit entstellt, der Beamte, der ihn zugezogen, wußte dies, nahm aber gleichwohl den beabsichtigten Akt vor. War derselbe nichtig? Nein! Die Beobachtung der Auspicien ist Sache des Augurn, seine Verpflichtung ist es dabei nach den Gesetzen seiner Kunst zu verfahren, handelt er denselben zuwider, so ladet er die Schuld auf sein Haupt und leidet Strafe,[279]) aber den Magistrat kümmert dies nicht, er hält sich einfach an den Ausspruch des Technikers, ohne denselben einer weitern Prüfung zu unterziehen, dazu hat er weder das Recht,[280]) noch die Pflicht.[281]) Das Erforderniß günstiger Auspicien reducirt sich also juristisch lediglich auf die Verkündigung derselben (nuntiatum, Note 281). Nicht aber, als ob die Römer das Wort an die Stelle der Sache gesetzt hätten[282]) — mit welchem Grunde hätte dies geschehen können? — sondern weil der Magistrat, der dem Augurn die Prüfung der Auspicien übertragen hatte, das Urtheil desselben ebenso zu respectiren hatte, wie der Prätor, der den judex bestellt hatte, das des letztern. Mit andern Worten: das Erforderniß der richtigen Beobachtung der Auspicien ist in die Form einer dem Augurn auferlegten Verpflichtung gebracht, es ist keine Anforderung für den Akt, durch den er das Dasein

279) Wenn er unvorsätzlich gehandelt hatte (piaculum commissum), so mußte er durch eine piacularis hostia expiirt werden (Varro de L. L. VI. 30), sonst traf ihn außer der Strafe des Himmels (Liv. X. 40) die nota censoria (Cic. de divin. I. 16, 29), die auch über die politischen Beamten in ähnlichen Fällen verhängt wurde (Gell. XIV. 7, 8), und sicherlich noch sonstige Strafe, die wenigstens für weltliche Beamte bei Verletzung dieser Vorschriften bezeugt ist (Cic. de div. II. 33, Val. Max. I. 4, 3).

280) Cic. Phil. II. 35, 88: ementita auspicia, quibus tamen parere necesse erat.

281) Liv. X. 40 .. si quid falsi nuntiat, in semet ipsum religionem recipit, mihi quidem tripudium nuntiatum, populo Romano exercituique egregium auspicium est; nicht entgegen Liv. XLI. 18 a. E.

282) So Danz, Sacraler Schutz S. 238 und Demelius, Die Rechtsfiction S. 15. Schwegler Röm. Gesch. I. S. 772 Note 1 erblickt darin einen eigenthümlichen Grundsatz der etruscisch-römischen Disciplin.

Digitized by Google

günstiger Auspicien constatirt, sondern eine Anforderung an seine Person.

Ein Prätor hatte an einem dies nefastus eine legis actio vornehmen lassen; war dieselbe nichtig? Die Beobachtung der richtigen Zeiten und Tage war eins der Grundgesetze des heiligen Rechts, aber dieß „Vorschrift bestand nicht für die Parteien, denen man die genaue Kenntniß und Beobachtung des Kalenders nicht zumuthen konnte,[283]) sondern lediglich für den Magistrat![284]) Eine Nichtbeachtung derselben begründete also zwar von seiner Seite eine Pflichtverletzung und zog Strafe für ihn nach sich, aber auf den Akt erstreckten sich die Wirkungen seiner Pflichtverletzung ebensowenig als die der Verletzung der Obligation von Seiten eines Verkäufers, der die Sache zum zweiten Mal verkauft und sie dem zweiten Käufer tradirt, auf die Tradition — der Akt war gültig.[285])

Die beiden bisher betrachteten Verhältnisse lassen bereits den Weg, den das ältere Recht zur Lösung des obigen Problems eingeschlagen hat, mit ziemlicher Deutlichkeit erkennen, aber zu der Ueberzeugung, daß wir es hier mit einem vollständig ausgebildeten, durchdachten politischen System zu thun haben, gelangen wir erst, wenn wir noch zwei andere Verhältnisse von ungleich

283) Darum fand das Erforderniß bei der legis actio per pignoris capionem keine Anwendung, indem diese eine Mitwirkung des Prätors überhaupt nicht erforderte.

284) Alle Stellen, die davon handeln, drücken sich in dieser Weise aus; z. B. Varro de L. L. VI. 29, 30. VI. 53: Praetoribus licet fari, Praetorem nefas fari. Ovid. Fasti I. 51: Praetor verba libera habet. Auf diesen nicht selten verkannten Punkt (z. B. Puchta: „Tage, an denen eine legis act. nicht möglich war") habe ich bereits (III. 673) aufmerksam gemacht, s. jetzt auch O. E. Hartmann, Der Ordo Judiciorum. S. 16.

285) Varro l. c. si . . quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio. Die Vitiosität hatte hier aber sicherlich nicht die Folge, wie im öffentlichen Recht (s. u.) d. h. die der Möglichkeit einer Rescission des Akts; das hätte sich mit dem Grundsatz, daß eine einmal ertheilte Freiheit nicht zurückgenommen werden kann, nicht vertragen und würde namentlich auch für die Legis-Actionen in keiner Weise gepaßt haben.

Digitized by Google

höherer politischer Tragweite: die Wahl der Magistrate und den Erlaß der Gesetze zur Vergleichung heranziehen.

Das erste dieser beiden Verhältnisse ist ganz besonders geeignet, jenes System ins hellste Licht zu setzen, theils wegen des relativ reichen bis in die ältesten Zeiten hinaufreichenden Quellenmaterials, das uns dafür zu Gebote steht, theils weil uns in specieller Anwendung auf diesen Fall ein Satz aufbewahrt ist, der die Formulirung des ganzen Systems enthält. Dieser Satz lautet: magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus.[286] Mit diesem der Auguraldisciplin angehörigen Ausdruck vitium[287] ist das System selbst in einer so prägnanten Weise charakterisirt, daß wir darnach dasselbe als System der politischen Vitiosität bezeichnen werden.

Mit der Wahl der Magistrate verhielt es sich kurz gesagt in folgender Weise. Alle Erfordernisse, die für dieselbe aufgestellt sind, sei es durch Gesetze oder durch Gewohnheitsrecht, seien sie positiver oder negativer Art, sind in die Form von Anforderungen an den die Wahlcomitien leitenden Magistrat gebracht. Er ist für die Beobachtung verantwortlich, und sein Amtseid und die Aussicht auf die nach Niederlegung seines Amts ihn treffende Anklage und Strafe bürgen für die Erfüllung seiner Pflicht. Aber wagt er es darauf, sich über jene Vorschriften hinweg zu setzen, indem er beim Schluß der Comitien Jemand als gewählt proklamirt (renuntiatio), dessen Wahl er als ungültig hätte zurückwei-

286) Varro de L. L. VI. 30.

287) Unverarbeitetes Quellenmaterial für diesen Begriff bei Brissonius de voc. ac form. I. c. 205. Der Ausdruck ruft unwillkürlich die Parallele mit dem vitium possessionis hervor, und wer dieselbe bei der folgenden Darstellung im Text vor Augen behalten will, wird sich überzeugen, daß der Begriff in beiden Richtungen ganz derselbe ist — man könnte in der obigen Formel den Ausdruck magistratus mit possessor vertauschen — nämlich der der Relativität des Fehlers, ein schlagender Beleg für die wunderbar scharfe und in die früheste Zeit hinaufreichende Terminologie der Römer. Wie der possessor injustus zu jedem Dritten steht, so der magistratus vitiosus zum Volk, wie jener zum justus, so dieser zum Senat.

Digitized by Google

sen sollen, so ist der Verkündete, wenn die Zeit zum Antritt seines Amts gekommen, Magistrat, und Niemand darf ihm den amtlichen Gehorsam vorenthalten, denn wenn auch „vitio creatus", so ist er doch „nihilo secius magistratus". Nur die höchste Oberaufsichtsbehörde: der Senat kann ihn, sei es aus eigener oder fremder Anregung, nachdem das Vitium in richtiger Form (z. B. durch Ausspruch des Augurncollegiums) constatirt ist, removiren, und zwar geschieht dies nicht etwa durch Nichtigkeitserklärung seiner Wahl — damit wären alle seine Amtshandlungen ebenfalls für nichtig erklärt[288]) — sondern indem er genöthigt wird, sein Amt nieder zu legen (se abdicare magistratu).[289]) Indem man ihn damit noch im Moment des Scheidens als legitimen Träger des Amts anerkannte, rettete man seine Vergangenheit, schnitt den unheilvollen Einfluß, den jeder Zweifel an der Gültigkeit seiner Amtshandlungen oder gar die Hinfälligkeit derselben hätte ausüben müssen, in bestimmtester

288) Siehe dagegen die Erwägungen, die Ulpian in L. 3 de off. praet. (1. 14) geltend macht. Nach Marquardt in Bekkers Handbuch der römischen Alterth. IV. S. 349 wären „mit dem Abtreten des Magistrats vom Amt alle von ihm vollzogenen Verfügungen und unter seinem Vorsitz gegebenen Gesetze für ungültig erklärt worden". Warum nicht auch die Senatsbeschlüsse, an denen er mitgewirkt, die judicia publica, privata u. s. w.? Die Stellen, auf die er sich beruft, enthalten von einem solchen praktisch geradezu unmöglichen Satz nicht das Geringste. Man vergleiche dagegen Plutarch Cato min. 40 und Plut. Cicero c. 34 — zwei Stellen, auf die mich inzwischen mein Freund Ludw. Lange aufmerksam gemacht hat. Plutarch berichtet hier von dem gewaltthätigen und ungesetzlichen Verfahren Cicero's, der nach seiner Zurückkunft aus dem Exil die Akte des Clodius auf den Grund hin, daß letzterer auf ungesetzliche Weise das Tribunat erhalten hatte, cassiren wollte, wogegen aber Cato im Senat energische Verwahrung einlegte, indem er ausführte, daß es unerhört und gewaltthätig sei, wenn der Senat die Aufhebung so vieler Beschlüsse und Handlungen decretiren wolle — man könne den Beamten zur Verantwortung ziehen, aber damit falle noch nicht seine ganze Geschäftsführung.

289) Cic. de nat. deor. II. 4, 11: augures rem ad senatum, senatus: ut abdicarent consules; abdicaverunt. id. de legib. II. 12, 31; Liv. IV. 7. V. 17. VIII. 15; 23. XXII. 33.

Digitized by Google

Weise ab. Ich muß sogar bestreiten, daß der Senat lediglich auf Grund der Vitiosität seiner Wahl auch nur eine einzige seiner Amtshandlungen hätte rescindiren können, damit wäre er mit sich selbst in Widerspruch gerathen, denn unter dieser Voraussetzung hätte er sie sämmtlich cassiren müssen. Wollte er einzelne herausgreifen, so mußten Ungültigkeitsgründe vorgebracht werden, die sich speciell auf sie bezogen,[290] die sich aber, wenn's Noth that, leicht fanden.

Man wird zugestehen, daß die bisher geschilderte Gestaltung des Verhältnisses eine ungemein glückliche war, sie vereinigte in sich die höchste Einfachheit mit der größten Klarheit und Sicherheit. Es ist ein interessanter Beweis für das hohe Alter fester staatsrechtlicher Grundsätze in Rom und zugleich für den conservativen Sinn der Römer, daß die ältesten und jüngsten Gesetze aus der Republik sich auf dem von uns bezeichneten Wege begegnen. Dieselbe Form, in die die leges Valeriae (305) das Verbot der Wahl eines magistratus sine provocatione bringen, nämlich die einer (in diesem Fall durch Todesstrafe verschärften) Instruction an den die Wahlcomitien leitenden Magistrat,[291] dieselbe Form wiederholt sich noch in der lex Julia municipalis (709).[292] Wer die juristische Sprache der Römer einigermaßen kennt, weiß, daß mit dieser Form alles oben Ausgeführte implicirt ist, daß also die Uebertretung nicht Nichtigkeit, sondern bloß Strafe nach sich zog, oder um den Gegensatz mit einem römischen Kunstausdruck zu bezeichnen, daß jene Gesetze nicht leges per-

290) z. B. Cic. Phil. XIII. 3: leges refixistis, per vim et contra auspicia latas decrevistis. In diesem Sinn dürfte die diesen Worten vorausgehende allgemeine Wendung: acta Antonii rescidistis zu beschränken sein. Cic. de domo 15, 40. 16, 41.

291) Liv. III. 55: ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet; qui creasset, eum jus fasque esset occidi. Eine Uebertretung dieser Vorschrift mußte kenntlich werden an der Formulirung der Rogations-, vielleicht auch der Renuntiationsformel. Das dicere dictatorem fiel dem Wortlaut nach nicht unter das Gesetz.

292) S. die Kapitel 5—10 dieses Gesetzes.

Digitized by Google

fectae, sondern minus quam perfectae waren.[293]) Der Kaiserzeit kamen die staatsrechtlichen Traditionen der Republik sehr bald abhanden. Schon im ersten Jahrhundert nehmen die Gesetze über die Wahl der Beamten Bestimmungen auf, die man in denen der Republik vergebens suchen würde,[294]) und in dem Zeitalter der classischen Juristen war die Erinnerung an die staatsrechtliche Doctrin der Republik bereits in dem Maße verschwunden, daß zwei dieser Juristen sich abmühen mußten, eine Entscheidung, die ihre Vorgänger zur Zeit der Republik einfach auf den Satz: magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus gestützt hätten, als eine zweifelhafte und fragliche erst noch mit allerhand Gründen zu motiviren.[295])

Bei der untergeordneten Bedeutung, welche der Gegenstand für meine Zwecke hat, muß ich es mir versagen, den obigen für die richtige Auffassung der römischen Magistratur höchst fruchtbaren Gesichtspunkt ausführlicher zu verfolgen. Aber in einer Richtung möge man mir dies wenigstens verstatten.

Wer den eben geschilderten Mechanismus in juristisch prägnanter Weise ausdrücken wollte, durfte in Hinblick darauf, daß das durch die Abstimmung des Volks herbeigeführte Resultat der Wahl erst durch die Renuntiation von Seiten des Vorsitzenden seinen formellen, bindenden Abschluß erhielt, diesen letzten Akt als den entscheidenden bezeichnen und geradezu sagen: der Vor-

293) Ulp. Fr. Prooem. §. 2.

294) z. B. die Tabula Malacitana c. 61 de patrono cooptando. Nachdem hier zuerst die althergebrachte Form benutzt ist (a, ne quis cooptato etc. b, qui .. cooptaverit, .. dare damnas esto), folgt der moderne Zusatz: is, qui .. cooptatus erit, ne magis ob eam rem patronus municipum municipii Flavi Malacitani esto.

295) Sie betraf die Frage von der Gültigkeit der Amtshandlungen des Prätor Barbarius Philippus, von dem erst hinterher bekannt geworden war, daß er ein entlaufener Sklave gewesen war. In der späteren Kaiserzeit ist begreiflicherweise noch viel weniger ein Anknüpfen an die alte Theorie zu gewärtigen. S. den Titel des Codex Theod. XV. 14 de infirmandis his quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt.

Digitized by Google

sitzende creire den Magistrat. Diese in den Quellen nicht selten vorkommende Wendung hat die Ansicht hervorgerufen,[296] als ob die Magistratur nicht in der Souveränität des Volks, sondern in sich selber gewurzelt habe, nicht durch den Willen des Volks vergeben und besetzt worden sei, sondern sich durch und aus sich selber fortgepflanzt habe, wonach das Wahlrecht des Volks sich staatsrechtlich auf ein bloßes Präsentations- oder Petitionsrecht reducirt haben würde. Man kann zugestehen, daß hie und da die Beamten factisch sich in dieser Weise gerirten;[297] — in der Zeit des Umsturzes ging dies sogar soweit, daß zwei ohne allen vorhergegangenen Wahlakt sich selber renuntiirten.[298] Allein dem Geist der Verfassung widersprach das meiner Ansicht nach in eben dem Maße, als wenn heutigen Tags der Landesherr ein mit den Ständen vereinbartes Gesetz nicht verkünden wollte. Gesetz wird es erst durch Verkündigung von seiner Seite, aber daraus folgt keineswegs, daß dieselbe lediglich seinem Ermessen und Belieben anheimgestellt ist — er ist verpflichtet, sie vorzunehmen. In derselben Weise war der römische Magistrat verpflichtet, das Wahlergebniß, insofern dasselbe nicht rechtlich[299] zu bemängeln war, zu respectiren und zu verkünden. Daß er thatsächlich sich dieser Pflicht entziehen konnte, und daß es an Beispielen nicht fehlt, wo dies zum Heil des Staats geschah, sollte über seine Stellung nicht irre führen. Hatte doch auch der Augur es in der Hand, die wirklich beobachteten Auspicien zu unterschlagen, erlangte der Wille der Götter doch auch nur durch seine Nuntiation und nur in der Gestalt, wie er sie vorgenommen, seine bindende Kraft. Wie aber er gleichwohl nichts war als Organ und Verkünder des göttlichen Wil-

296) Rubino Untersuchungen über römische Verf. S. 13 fl.

297) S. z. B. bei Val. Max. III 8, 3.

298) Liv. epit. Lib. 80.

299) Der Umstand, daß die Wahlgrundsätze zum Theil auf dem Usus beruhten und an Unbestimmtheit litten (Liv. XXXIX. 39 u. a.), gab dem Widerstand gewiß nicht selten den Schein formeller Berechtigung.

Digitized by Google

lens, ſo waren es auch die Beamten in Bezug auf den Willen des Volks — auch wenn ſie ſich thatſächlich zu Herren desſelben machten, waren ſie doch ſtaatsrechtlich Diener desſelben.

Das bisher entwickelte Syſtem erreichte ſeinen Culminationspunkt bei der Frage von der Gültigkeit der Geſetze. Das in gehöriger Form, d. i. mündlich am Schluß der Comitien verkündigte Geſetz iſt Geſetz, auch wenn es an noch ſo vielen Fehlern leidet. Möge es alſo z. B. durch Zwang oder Gewalt durchgeſetzt,[300] möge es gegen die Auſpicien[301] oder mit Vernachläſſigung der üblichen Vorbereitungsformen[302] erlaſſen ſein — ſo lange der Senat nicht die Aufhebung desſelben verfügt hat, iſt es für Jedermann verbindlich. Die Aufhebung erfolgte in derſelben Weiſe, wie die der fehlerhaften Wahl des Magiſtrats, d. h. das Geſetz ward nicht für nichtig erklärt, ſondern es ward aufgehoben[303], m. a. W. dieſer Akt hatte keine rückwirkende Kraft, ſondern er wirkte erſt von jetzt an, alle Verfügungen, Maßregeln, Urtheile u. ſ. w., die auf Grund des Geſetzes getroffen und geſprochen waren, blieben demnach gültig; der Schuldige ward zur Verantwortung gezogen.

Von beſonderem Intereſſe iſt die Frage von der Gültigkeit der im materiellen Sinn verfaſſungswidrigen Geſetze, d. h. derjenigen, durch welche ein Fundamentalgrundſatz der römiſchen Verfaſſung ſei es ſchlechthin aufgehoben, ſei es bloß im einzelnen Fall verletzt worden war. Dürfte man der Autorität des Cicero

---

300) z. B. Livius epit. lib. 69. Cic. Phil. XIII. 3: per vim et contra auspicia latas decrevistis.

301) Cic. Phil. III. 5, 9. id. de harusp. resp. XXIII. 48 Augures interrogabat, quae ita lata essent, rectene lata essent. Illi vitio lata esse dicebant.

302) Lex Caecilia Didia über die promulgatio trinûm nundinûm. Cic. de domo XVI. 41 Decrevit senatus, M. Drusi legibus, quae contra legem Caeciliam et Didiam latae essent, populum non teneri.

303) Cic. de leg. II. 12, 31: legem, si non jure rogata est, tollere. Was „tollere“ involvirt, wird jeder Juriſt wiſſen. S. auch die vorige Note: non teneri (d. h. von jetzt an) und vitio lata, Note 301.

Digitized by Google

trauen, der aber gerade für die vorliegende Frage ein mehr als bedenklicher Gewährsmann ist (s. u.), so würde ein solches Gesetz gar keine Kraft gehabt haben.[304]) Wie sehr eine solche Gestaltung des Verhältnisses, welche jeden Bürger zum Richter über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze machte, mit dem ganzen bisher geschilderten System in Widerspruch gestanden, wie sehr sie alle die Gefahren heraufbeschworen haben würde, denen das alte Staatsrecht im übrigen in so planmäßiger und umsichtiger Weise zu begegnen bemüht war — darüber würde jedes Wort ein verlorenes sein. Aber, wird man einwenden, es gab doch Gesetze und Einrichtungen, die durch das Fas und Jus den Charakter unverletzlicher, unantastbarer Normen erhalten hatten, so z. B. die mit der Plebs vereinbarten leges sacratae. Unleugbar! Allein auch hier bewährt sich wiederum der feine Sinn für die Correctheit der juristischen Form. Ein Gesetz, das sich nicht aufheben läßt, selbst wenn es noch so sehr mit dem Stempel göttlicher Weihe versehen ist, ist in den Augen der Römer ein Unding. Das spätere Gesetz hebt das frühere auf — das hatten schon die XII Tafeln bestimmt.[305]) Die beabsichtigte Unantastbarkeit des Gesetzes konnte daher nicht in der Weise vermittelt werden, daß man seine Aufhebung für unmöglich erklärt hätte, sondern nur so, daß man verbot,[306]) und zwar mittelst Androhung von Strafen,[307]) die sich bei den leges sacratae bis zur sacratio capitis

304) Cic. pro Caec. 33. de republ. III. 22.

305) Liv. VII. 17. IX. 33, 34.

306) Cic. ad Att. III. 23 .. eam abrogari non oporteat und die Formel in Note 311. Diese Strafandrohung (die sanctio legis im prägnanten Sinn) war eine gewöhnliche Schlußclausel aller Gesetze, Cicero daselbst: neque enim ulla est, quae non ipsa se saepiat difficultate abrogationis.

307) Unter den Begriff des „contra oder adversus eas facere“ (Cic. pro Balbo 14, Festus s. v. sacratae) fiel auch und zwar ganz vorzugsweise der Antrag auf Aufhebung des Gesetzes, s. die Formel in der Note 308: „contra alias leges ejus legis ergo (des neuen Gesetzes wegen d. h. um es durchzusetzen) factum sit“. — Die Einrichtung wiederholt sich auch anderwärts, so z. B. bei den Lokriern, wo Zaleukos verordnet hatte,

Digitized by Google

et familiae steigerten. Die im Gesetz vorgesehene Strafe traf denjenigen, der einen Antrag auf Aufhebung desselben gestellt hatte, selbst dann, wenn das Volk seinen Antrag angenommen hatte, denn die Einbringung desselben fiel noch unter die Herrschaft des alten Gesetzes, das neue wirkte erst von dem Moment, wo es erlassen war. Um sich gegen diese Gefahr zu sichern, fügte der Antragsteller dem Gesetzentwurf eine Clausel hinzu, durch die ihm Strafloſigkeit zugesichert ward.[308]) Aber dies Mittel war kein völlig sicheres. Lehnte das Volk den Antrag ab, so war damit auch die Indemnitätsclausel verworfen, und die erste neue Lebensäußerung des leichtfertig angetasteten Gesetzes bestand in der Strafe, mit der es das Attentat auf sich an dem Schuldigen rächte. So war es also nichts weniger als ein gefahrloses Unternehmen, an den bestehenden Gesetzen und Einrichtungen zu rütteln; wenigstens wer seiner Sache nicht völlig sicher war — und wie vielerlei konnte den Erfolg in Frage stellen: die Stimmung des Volks, das Getreibe der Parteien, Wankelmuth eines einflußreichen Beamten, Chikane oder Bestechung der Augurn u. s. w. —, kurz wer nicht auf alle die vielen Voraussetzungen zählen konnte, von deren Eintritt die definitive Annahme seines Gesetzentwurfes abhing, der spielte ein gewagtes Spiel, ein Spiel, das ihn möglicherweise um Leib und Leben und sein ganzes Ver-

daß jeder, der einen Gesetzvorschlag stellte, den Hals in einer Schlinge haben und erdrosselt werden sollte, wenn der Vorschlag durchfiel (Belege bei K. F. Hermann, Ueber Gesetz, Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt im griech. Alterthum. Göttingen 1849 S. 57) und in Florenz in Bezug auf die Aufhebung der gegen die Magnaten erlassenen „Ordnungen der Gerechtigkeit", K. Hegel, Die Ordnungen der Gerechtigkeit in der Florentinischen Republik (Universitätsprogramm) Erlangen 1867 S. 20: „Der Podesta oder Capitan, welcher eine derartige Berathung in der Rathsversammlung, wo er den Vorsitz hat, gestattet, soll des Amts entsetzt sein und in Geldstrafe verfallen; desgleichen werden die Räthe mit hohen Geldstrafen bedroht."

308) Caput tralatitium de impunitate, si quid contra alias leges ejus legis ergo factum sit. Cic. ad Att. III. 23. Die Wirksamkeit der Formel beschränkte sich übrigens nicht bloß auf die Voraussetzung, s. z. B. die sanctio der lex de imperio Vespasiani.

Digitized by Google

mögen bringen konnte. Es war die Miniſterverantwortlichkeit des römiſchen Alterthums,[309]) der Schutz gegen Verfaſſungsveränderungen. Daß die Aufhebung der Geſetze, wenn die Zeit dazu gekommen war, nicht ausgeſchloſſen war, bedarf nicht der Bemerkung.[310]) Eine andere Clauſel zu demſelben Zweck war die, daß der Antrag nur inſoweit geſtellt ſein ſolle, als dies geſetzlich erlaubt ſei — eine Clauſel, die Sinn hatte, wo es zweifelhaft, nicht aber, wo es klar war, daß der Antrag gegen die Strafſanction eines früheren Geſetzes verſtieß.[311])

Ueberſchaut man die bisher von mir angeführten Fälle, ſo wird Jeder mein obiges Urtheil, daß wir es hier mit einem wohldurchdachten, ausgebildeten Syſtem zu thun haben, gerechtfertigt finden, und man wird es mir gern erſparen, dasſelbe noch weiter in ſeine Einzelheiten zu verfolgen.[312]) Der Grundgedanke desſelben beſteht darin, daß die Erforderniſſe der öffentlichen Akte und Maßregeln in zwei Claſſen gebracht werden.[313]) Die der einen

309) Bekanntlich konnten die Geſetzvorſchläge nur von den Innehabern der höchſten Staatsämter geſtellt werden. Mit der römiſchen Miniſterverantwortlichkeit hatte es übrigens etwas mehr auf ſich, als mit der heutigen.

310) Cicero l. c. Sed vides nunquam esse observatas sanctiones earum legum, quae abrogarentur (iſt wohl zu emendiren: abrogari vetentur?).

311) Nach Cicero a. a. O. wäre ſie zuerſt in dem von ihm berichteten Geſetzentwurf vorgekommen; er widerlegt ſich jedoch ſelber in pro Caecina c. 33: adscripsisse Sullam in eandem legem: si quid jus non esset rogari, ejus ea lege nihilum rogatum. An der andern Stelle theilt er die vollſtändige Formel mit: Si quid in hac rogatione scriptum est, quod per leges plebisvescita promulgare, abrogare, derogare, obrogare sine fraude sua non liceat, non licuerit, quodve ei qui promulgarit etc. ob eam rem poenae multaeve sit, E. H. L. N. R. (ejus hac lege nihil rogatur). Bei Val. Prob. de notis ant. §. 3 kommt eine etwas andere Faſſung vor: si quid sacri sancti est, quod non jure sit rogatum, ejus hac lege nihil rogatur, ſ. auch Cic. pro Balbo 14.

312) z. B. in Bezug auf die Gültigkeit der Senatsbeſchlüſſe, ſ. Gellius XIV. 7 §. 7, 8.

313) Zur allgemeinen Bezeichnung dieſes Gegenſatzes dienen die Ausdrücke; necesse est auf der einen und oportet, opus, fas est oder non

Digitized by Google

Classe bilden die constitutiven Momente des Akts; soweit ich beurtheilen kann, sind sie lediglich formeller Art, die Vornahme des Akts muß von Seiten der competenten Behörde und in der dafür vorgeschriebenen Form erfolgt sein. Alle Erfordernisse, die das Sachliche des Akts betreffen, sind der zweiten Classe zugewiesen, d. h. sie tragen die schwächere Form von Geboten, Verboten, kurz von Vorschriften an sich, die lediglich an den gerichtet sind, der den Akt vornimmt. Die Garantie ihrer Beobachtung beruht auf seiner Pflichttreue, seinem Amtseid und der angedrohten Strafe; setzt er sich darüber hinweg, so ist der Akt an sich gültig. Die Garantie für die Erfordernisse der ersten Classe beruht auf der Nichtigkeit des Akts. Sie sind solcher Art, daß Jeder sie beurtheilen kann, man hört, man sieht sie; Zweifel sind nicht möglich, die Anordnung der Nichtigkeit hat hier nicht den geringsten Anstand. Ein Wahlcandidat, der von allen Centurien gewählt, aber nicht renuntiirt war, galt nicht als Magistrat, dagegen mochten, wenn die Renuntiation gefolgt war, alle erdenkbaren Verstöße gegen das geistliche und weltliche Recht bei seiner Wahl zusammengetroffen sein — er war und blieb Magistrat, bis er auf Befehl des Senats sich seiner Würde begeben hatte.

Wer von der im Bisherigen gewonnenen Grundlage des positiven römischen Staatsrechts aus die Deduction von Cicero, die den Ausgangspunkt unserer Untersuchung gebildet hat (S. 226), einer Beurtheilung unterziehen will, wird darüber kaum ein anderes Urtheil fällen können, als daß sie eine Kette von lauter Unrichtigkeiten enthält, und sich nicht darüber wundern können, daß sie, wie er selber die Naivität hat einzugestehen,[314]) vor den Augen der im Staatsrecht besser unterrichteten im Uebrigen ganz

---

est auf der andern Seite, s. z. B. Macrob. Sat. I. 16 §. 25: praefari necesse est, quos nominari atro die non oportet. Varro de L. L. VI. 30 nefas fari .. necesse enim aliquo eorum uti verbo. Cic. ad fam. I. 9 §. 25: legem curiatam consuli ferri opus esse, necesse non esse.

314) Cic. de domo c. 16, 42.

Digitized by Google

mit ihm sympathisirenden Autoritäten (z. B. auch Cato, Note 288) keine Gnade fand. Mochten die Pontifices bei der Arrogation des Clodius immerhin alle Regeln ihres Rechts außer Acht gelassen haben, daraus folgte im Mindesten nicht der Schluß, den Cicero zieht, daß sie nichtig war;[315]) die Beobachtung jener Regeln war Sache der Pflichterfüllung der Pontifices. Mochten an jenem Tage Himmelsbeobachtungen angestellt sein, die lex curiata über die Adoption ward dadurch vitiös, aber nicht nichtig. Mochte endlich Clodius ebenfalls in vitiöser Weise Plebejer und Volkstribun geworden sein, die Akte, die er in der letzteren Eigenschaft vorgenommen hatte, waren und blieben gültig.

Werfen wir jetzt einen Blick zurück auf den Gedanken der analytischen Vereinfachung des Thatbestandes, so wird es nicht überflüssig sein darauf aufmerksam zu machen, daß das bisher geschilderte politische System nur eine Anwendung dieses Gedankens enthielt. Derselbe Mechanismus, den das Privatrecht bei der mancipatio, in jure cessio und den abstracten Obligationen zur Anwendung brachte, wiederholte sich beim Gesetz, bei der Wahl der Magistrate und bei allen Amtsverrichtungen der politischen und geistlichen Gewalten: der Gesammtbestand des Verhältnisses spaltet sich in zwei Theile, *ein* Theil bleibt zurück als absolut wesentlich, als *Thatbestand* — er beschränkt sich bei jenen politischen Akten, so zu sagen, auf den abstracten Akt, auf das nackte Wort, die einfache Verkündigung — der andere aber scheidet aus und nimmt die Form der *Verpflichtung* an, im Privatrecht die der *Obligation*, im Staatsrecht die einer durch Gesetz, Gewohnheitsrecht und religiöse Satzung normirten *Amtspflicht* und wird damit des nachtheiligen Einflusses auf das Verhältniß selber beraubt. Was die mangelhafte oder fehlende causa bei dem Eigenthum und der abstracten Obligation, das ist das Vitium bei den öffentlich rechtlichen Verhältnissen. Die Condictionen

315) Cic. de domo 14, 38 .. contra omne pontificium jus factam *pro nihilo esse habendam.*

Digitized by Google

wegen mangelhafter causa repräſentiren für das Privatrecht dieſelbe Erſcheinung, wie die Reſciſſion der Geſetze, Wahlen und Handlungen der Magiſtrate durch den Senat für das öffentliche Recht; indem das Geſetz die Befugniß zur Anfechtung auf eine beſtimmte Perſon beſchränkt, ſchützt es das Verhältniß gegen die Gefahr, bei jedem Verſuch ſeiner Lebensäußerung von Jedermann in Frage geſtellt und gelähmt zu werden — kurz das Verhältniß verdankt ſeine Geſundheit und Kraft der Ausſcheidung des Krankheitsſtoffes: des Cauſalmoments und des Vitiums.

Digitized by Google

II. Die juristische Oekonomie.

1. Bestreitung der Bedürfnisse auf einfachem Wege.

Das Gesetz der Sparsamkeit. — Die Kunst sich zu behelfen. — Der einfache und künstliche Weg. — Exemplification des ersteren an einer Reihe von Beispielen.

LVI. Das Gesetz der logischen Sparsamkeit ist eins der Fundamentalgesetze der juristischen Technik (III 330), gleichmäßig geltend für alle Epochen der Jurisprudenz, nur die Art und die Formen, in denen es zur Anwendung gelangt, wechseln mit der Bildungsstufe der Jurisprudenz. In anderer Weise handhabt der Meister, in anderer der Anfänger die Regeln der Kunst, jener mit der Freiheit, welche die Frucht der Sicherheit, dieser mit der Unfreiheit, welche die Begleiterin der Unsicherheit ist; der Weg zur Freiheit in der Kunst geht durch die Schule, d. h. durch eine Periode sklavischer Unterordnung unter die Regel hindurch (S. 8, 9). Davon haben wir im Bisherigen in dem Abschnitt über die Analyse reichliche Gelegenheit gehabt uns zu überzeugen, einen neuen Beitrag wird uns die folgende Ausführung geben.

Dieselbe hat zum Gegenstand den Nachweis, wie das obige Gesetz der Sparsamkeit von der alten Jurisprudenz verstanden und gehandhabt worden ist. Dasselbe lautet: was die Jurisprudenz mit den gegebenen Mitteln und Begriffen zu Wege bringen kann, dafür soll sie keine neuen schaffen. In unserer heutigen Wissenschaft vollzieht sich diese Regel in einer so wenig auffälligen, kaum sichtbaren Weise, so sehr auf rein negativem Wege durch

Digitized by Google

bloße Unterlassung der Uebertretung, daß man sich ihrer Wahrnehmung leicht verschließen kann. Ein Blick auf die altrömische Jurisprudenz dagegen muß das Dasein und die hohe Bedeutung derselben sofort zum Bewußtsein bringen. Denn die Anstrengungen, welche die letztere macht, um diese Regel zu befolgen, sind so gewaltsam, die Mittel, die sie anwendet, so künstlich und verzwickt, die Wege, die sie einschlägt, so gewunden und weitläufig, daß Niemand, der überhaupt das Bedürfniß fühlt, sich über die äußern Erscheinungen Rechenschaft zu geben, unaufmerksam an ihnen vorübergehen kann, sie leiten ihn mit Nothwendigkeit auf die richtige Spur.

Die Erscheinungen, die durch dies Bestreben, die vorhandenen Mittel bis zum äußersten Grad ihrer Verwendbarkeit auszunutzen, hervorgerufen sind, fasse ich zusammen unter den Gesichtspunkt der *juristischen Oekonomie* oder der Kunst sich in geschickter Weise mit dem Vorhandenen zu behelfen.

Die Kunst sich zu behelfen ist das Erbtheil der Armen, im Haushalt des Reichen gedeiht sie nicht. Unsere heutige Wissenschaft genügt dem Gesetz der Sparsamkeit schon, indem sie nicht *verschwendet*, d. h. nichts Ueberflüssiges postulirt, Nichts, was sie auf andere Weise, auf dem Wege der Combination und Deduction gewinnen kann, sie hat aber nicht nöthig, sich etwas *Nothwendiges* zu versagen. Wenn also das Leben ihr neue Verhältnisse zuführt, wie z. B. die Inhaberpapiere, die Auslobungen, die sie mit den bisherigen römisch-rechtlichen Begriffen nicht genügend construiren kann, so braucht sie kein Bedenken zu tragen, die zu dem Zweck nöthigen Begriffe aufzustellen. Denn die gereifte Wissenschaft soll und darf sich des Neuen in seiner wahren, ureigenen Gestalt bemächtigen, und dazu muß sie die Kraft besitzen; für sie haben daher jene Nothbehelfe, mittelst deren die Jurisprudenz der Kindheitszeit dieser Aufgabe auswich, eben so wenig einen Werth mehr, als die unvollkommenen Geräthschaften und Werkzeuge der Vorzeit für unsere heutige Zeit der entwickelten Technik.

Digitized by Google

Für die unausgewachsene Jurisprudenz dagegen sind diese Nothbehelfe eine durch ihre Entwicklungsstufe gegebene Nothwendigkeit, die sich ebendarum auch überall bei ihr wiederholen, so z. B. in besonders ausgeprägter Gestalt im englischen Recht. Für sie ist die Kunst sich mit wenigem zu behelfen eine Lebensfrage; unter der Ueberfülle des Materials würde sie zu Grunde gehen. Die Herrschaft über den Stoff kann sie sich nur dadurch sichern, daß sie die Ordnung, in die sie ihn einmal gebracht hat, ängstlich hütet, und an den Grundlagen und Formen, auf denen diese Ordnung beruht, nicht leichtsinnig rüttelt. Ein neuer Gedanke, der Aufnahme begehrt, ist ihr daher nicht ein willkommener Gast, wie er es der wissenschaftlich gereiften Jurisprudenz sein sollte, wenn auch nichts weniger als immer ist, sie erblickt in ihm nicht eine werthvolle Erweiterung des Wissens, sondern einen unbequemen Eindringling, der den Bestand der bisherigen Ordnung in Frage stellt. Gezwungen ihn zuzulassen, thut sie dies in einer Weise, die diesen Bestand möglichst wenig alterirt, sie schlägt ihm, wenn ich so sagen darf, kein besonderes Bett auf, wo er sich frei strecken, ausdehnen, rühren kann, sondern sie bringt ihn unter, wo es eben geht, sie bettet ihn bei einem andern bereits recipirten Begriff, dem er sich fügen, anschmiegen und unterordnen muß.

Dies Bestreben, die neuen Gedanken oder sagen wir besser: die neuen Zwecke und Bedürfnisse, die der Fortschritt der Bildung und die Entwicklung des Verkehrs mit sich bringen, möglichst mit den gegebenen Mitteln zu bestreiten, führte nothwendigerweise in manchen Fällen zu einer höchst gewaltsamen Spannung, um nicht zu sagen: Verrenkung des vorhandenen Rechts. Das schlagendste Beispiel dafür liefert das testamentum per aes et libram, bei dem die mancipatio in ihrer ursprünglichen Gestalt fast bis zur Unkenntlichkeit entstellt ward — es gibt kaum größere Gegensätze im ganzen Recht, als den Begriff des Kaufs und der Eigenthumsübertragung auf der einen und den des Testaments und der Universalsuccession auf der andern Seite.

Nicht immer aber bedurfte es für den angegebenen Zweck so

Digitized by Google

künstlicher Mittel, nicht selten reichten auch ganz einfache aus. Der römische Scharfsinn war in Entdeckung derselben ungemein erfinderisch und hat in dieser Richtung Probestücke zu Tage gefördert, die durch ihre Feinheit und geniale Einfachheit überraschen — glückliche Würfe des juristischen Genies, die uns heutzutage noch als Muster dienen können.

Für das richtige Verständniß des ältern Rechts ist die Kenntniß der juristischen Oekonomie von nicht geringerer Erheblichkeit, als die der juristischen Analyse. An der Bildung und Gestaltung der juristischen Seite des ältern Rechts haben beide den gleichen Antheil. Dagegen liegt allerdings der geistige Höhepunkt, zu dem sich die juristische Kunst in diesem zweiten Zweige erhebt, tiefer, als bei dem ersten. Nicht etwa, als ob sie hier hinter ihrer Aufgabe zurückgeblieben wäre; aber die Aufgabe selber verstattete ihr nicht denselben Spielraum zur Entfaltung geistiger Kraft, nicht jene Versenkung in das Feinste und das Tiefste der Begriffswelt, zu der das Problem der Zersetzung Anlaß bot. Die Leistungen, die sie hier aufzuweisen hat, bestehen mehr in Lösung von einzelnen, disparaten Aufgaben, als in Lösung einer einzigen, das ganze Recht erfassenden Aufgabe. Von der Analyse waren wir im Stande eine *Theorie* zu entwerfen, d. h. ein System von *Regeln* aufzustellen, die in einem obersten Gesichtspunkt ihren letzten Grund hatten und unter sich in engster Wechselwirkung standen. Das ist bei der juristischen Oekonomie nicht möglich. Für die logische Durchbildung eines Princips, die Dialektik eines und desselben Gedankens, der von Regel zu Regel fortschreitend das ganze Recht umspannt und beherrscht, bot sie keinen Raum. Unsere Darstellung nimmt dadurch einen wesentlich andern Charakter an, sie hat sich zu bescheiden, eine Reihe von Fällen und Verhältnissen namhaft zu machen, an denen unser obiger Gesichtspunkt sich bewährt. Ich werde so viel Material heranziehen als nöthig ist, um auch dem minder Kundigen ein anschauliches Bild jener Methode zu gewähren und ihn damit in Stand zu setzen, die Anwendung auf andere Fälle selber zu machen. Dabei werde ich mich

Digitized by Google

derselben Freiheit bedienen, wie bei früheren Gelegenheiten, indem ich meine Beispiele nicht bloß dem ältern, sondern auch dem neuern Recht entlehne, weil es in meinen Augen nicht darauf ankommt, ob gerade alles Einzelne, sondern ob die Maxime, der bestimmende Gedanke, zu dessen Illustration dasselbe dienen soll, der ältern Periode angehört. Daß aber der hier zu schildernde Zweig der juristischen Kunst dem alten Recht zuzuweisen ist, darüber wird der Verfolg der Darstellung keinen Zweifel übrig lassen.

Nur ein einziger Gegensatz hat sich mir dargeboten, um die Masse des Materials wenigstens in zwei größere Gruppen zu scheiden. Es ist der oben angedeutete der Einfachheit und der Künstlichkeit der aufgebotenen Mittel. Aber auch er hat nur einen relativen Werth, indem der Maßstab darüber: was künstlich, was einfach sei, ein ziemlich schwankender ist, ein Uebelstand, der übrigens hier, wo es sich nicht um begriffliche Scheidung, sondern lediglich um casuistische Gruppirung des Stoffs handelt, gar nicht ins Gewicht fällt. Einfach nenne ich diejenige Art der Verwendung von Rechtssätzen oder Rechtsinstituten, welche dieselben einem Zwecke dienstbar macht, für den sie zwar ihrer Intention nach nicht bestimmt sind, der ihnen aber doch nicht widerstrebt. Künstlich nenne ich diejenige, bei der Rechtssätze und Rechtsinstitute Dienste leisten sollen, die über ihr natürliches Leistungsvermögen, ihren eigentlichen Sinn und Zweck hinausgehen, wo ihnen also zu dem Behuf Gewalt angethan werden muß. Die fiduciarische Eigenthumsübertragung an den Stellvertreter (s. unten Note 327) als Surrogat der dem ältern Recht fehlenden directen Stellvertretung war ein einfaches Mittel, denn dem Begriff der Eigenthumsübertragung geschah, indem er einem solchen Zweck dienen mußte, keine Gewalt; ebenso die Verwandlung der Consensual- oder Realcontracte in Stipulationen, um dadurch auf sie die nur für die Stipulation bestimmte Acceptilation anwendbar zu machen. Die Verwendung der Ehe dagegen lediglich zu dem Zweck, der Frau andere Tutoren oder die Befreiung von den sacris zu

Digitized by Google

verschaffen (§ 58), war ein künstliches Mittel, denn eine derartige Verwendung der Ehe widerstritt dem innersten Wesen derselben, sie ward dadurch zum reinen Scheinakt herabgewürdigt. Diese letztere Art der Benutzung: die Spannung, Vergewaltigung der Begriffe, Formen u. s. w. des Rechts setzte stets eine Connivenz in der rechtlichen Beurtheilung voraus, wie dies die nähere Betrachtung dieser Mittel (§ 58) des Weitern nachweisen wird.

Ich wende mich der ersten Gruppe von Mitteln zu. Im Interesse ihres wahren Verständnisses halte ich es für förderlich, den Zweck, soweit dies möglich, mit heutigen Namen zu bezeichnen, um ihn dadurch unserer heutigen Anschauungsweise näher zu rücken. Ich stelle die Aufgaben vom Standpunkt des heutigen Rechts und Lebens, ein altrömischer Jurist soll uns Auskunft ertheilen, wie sie vom Standpunkt seines Rechts und seiner Technik gelöst werden müssen.

1. Testamentsexecutoren.

Der Zweck dieses modernen Instituts ist bekanntlich ein doppelter: einmal dem Erben die mit der Regulirung des Nachlaßwesens verbundenen Mühen und Lasten abzunehmen — eine Erleichterung, die für den altrömischen Verkehr bei der principiellen Ausschließung der Stellvertretung besonders werthvoll gewesen wäre — und sodann die bereitwillige und geneigte Ausführung der testamentarischen Anordnungen dadurch zu sichern, daß sie aus den Händen des interessirten Erben in die einer uninteressirten Person gelegt wird. Gab das altrömische Recht ein Mittel für diesen Zweck an die Hand? Ein altrömischer Jurist würde geantwortet haben: setze denjenigen, den Du als Testamentsexecutor haben möchtest, etwa einen Freund, auf den Du Dich völlig verlassen kannst, zum alleinigen Erben ein — dadurch erlangt er die Befugniß und die Pflicht, alles allein zu besorgen — alle letztwilligen Zuwendungen aber, um die es Dir zu thun ist, bringe in die Form von Legaten; wenn Du es für nöthig hältst, laß

Digitized by Google

Deinem Freunde so viel von der Erbschaft, daß er für seine Mühe entschädigt wird. Letzteres geschieht am zweckmäßigsten in Form des legatum partitionis,[316]) wobei Du sicher bist, daß, wie immerhin auch Dein Vermögen vor Deinem Tode sich vermehre oder vermindere, das diesem Erben zugedachte Aequivalent für seine Mühwaltung sich entsprechend verändert.

Die Wirksamkeit dieses Mittels beruhte freilich ganz auf der Zuverlässigkeit der gewählten Mittelsperson; ein Mißgriff in der Wahl derselben beschwor ganz dieselbe Gefahr herauf, der man durch Benutzung dieses Mittels entgehen wollte: die Gefährdung der Legatare durch Habgier des Erben. Und als die lex Furia das Maß der Legate auf 1000 As herabgesetzt und die Annahme höherer Legate sogar zu einer höchst gefährlichen Sache gemacht hatte (S. 115, 116), war es um die Brauchbarkeit jenes Mittels völlig geschehen. Wie jetzt helfen? Die Antwort unseres Juristen lautet: entweder durch Einsetzung des Freundes unter der Bedingung, daß er den Nettobetrag der Erbschaft an die genannten Personen in den und den Beträgen entrichtet haben würde, oder durch Anordnung eines Universal-Fideicommisses, dessen Wirksamkeit ursprünglich freilich ganz von der Treue und Ehrlichkeit des gewählten Fiduciars abhing.

Aus dem Bisherigen wird klar, was die Römer zu dem scheinbaren Widerspruch veranlassen konnte, dem Erben mit der einen Hand etwas zuzuwenden und es ihm mit der andern wiederum zu entziehen. Die Absicht war gar nicht darauf gerichtet, ihm effectiv die Erbschaft, sondern lediglich darauf, ihm die Stellung eines Rechtsträgers[317]) einzuräumen. Sollten diese Mittel bei

---

316) Ulp. XXIV. 25. Die obige Ansicht geht von der Voraussetzung aus, daß die Anordnung der Theile dem Erblasser völlig freigestanden habe. Ulpian nimmt als Beispiel die dimidia pars und fügt dann hinzu: potest autem et alia pars velut tertia vel quarta legari. Ist es Zufall, daß er keine Theile über die Hälfte nennt?

317) S. oben S. 223 und die Theorie der Rechte. Dem entsprechend heißt es in L. 48[46] i. f. ad SC. Trebell. (36. 1) von einer solchen Verfügung:

Digitized by Google

Vorhandensein von Kindern in der Gewalt angewandt werden, was namentlich im Fall ihrer Unmündigkeit ganz angemessen sein konnte, so bedurfte es zu diesem Zweck erst noch einer Exheredation derselben (exheredatio bona mente d. i. im wohlverstandenen Interesse der Kinder selber), — eine Anwendung der Exheredation, die den Unkundigen leicht irre führen kann. So wenig wie die obige Erbeseinsetzung den Zweck der effectiven Zuwendung des Nachlasses, so wenig hatte diese Enterbung den der effectiven Entziehung desselben, sie war weit entfernt ein Akt der Lieblosigkeit zu sein, umgekehrt eine durch die umsichtigste, wohlwollendste Fürsorge dictirte Maßregel. [318])

2. Uebertragbarkeit des testamentarischen Erbrechts.

Der Testator wünscht den Erben in die Lage zu versetzen, daß er je nach Gutbefinden die Erbschaft selber antreten oder, um sich aller Weitläufigkeiten zu überheben und jede Haftung abzulehnen, das Recht der Antretung gegen eine runde Summe auf einen Andern übertragen kann; wie hat er es anzufangen?

Die Antwort des Juristen lautet: nicht in der Weise, daß er dies direct verfügt. Eine Uebertragung des Erbrechts war zwar bei der hereditas legitima, nicht aber bei der testamentarischen Erbschaft zulässig. [319]) Der richtige Weg ist der, daß er

---

tutelam heredi fiduciario permisisse videtur. Hat der Rechtsträger selber gar keinen Vortheil von der Zuwendung, so haftet er nur für culpa lata, L. 108 §. 12 de leg. I. (30).

318) L. 18 de lib. exh. (28. 2) .. ut eis consulant ut puta impuberibus. Daß die sacra gleichwohl den Kindern verblieben, dafür hatten die Pontifices gesorgt Cic. de leg. II. 20, 21.

319) Ulp. XIX. 14. Der Grund dieser Verschiedenheit mag darin liegen, daß dem Testator, wenn er dem Erben die obige Befugniß einräumen wollte, der im Text bezeichnete Weg offen stand, die Nichteinschlagung desselben mithin in den meisten Fällen als Beweis der entgegengesetzten Absicht gelten konnte, für die es auch an guten Gründen nicht fehlt.

Digitized by Google

einen dem Erben gehörigen Sklaven oder, da dieser sterben kann, der Sicherheit wegen sämmtliche Sklaven desselben sei es neben sei es hintereinander zu Erben einsetzt, dann hat der Eigenthümer des Sklaven die Wahl, ob er die Erbschaft durch letzteren antreten lassen oder das Antretungsrecht mittelst Mancipation des Sklaven auf denjenigen übertragen will, mit dem er über den Preis der Erbschaft handelseinig geworden ist; wünscht er den Sklaven selber zurückzuerhalten, so fügt er einen darauf gerichteten Fiduciarvertrag hinzu.[320] Auf diese Weise erhält er den Nettowerth der Erbschaft,[320a]) der Käufer aber berechnet sich die Provision für seine Mühwaltung implicite im Kaufpreis.[321]) In dieser Einsetzung eines fremden Sklaven zum Erben haben wir ein Seitenstück zu unseren heutigen Papieren auf den Innehaber; wie mit letzteren die Forderung, so ist mit dem Sklaven die Erbschaft verbunden, das Erbrecht ist zu einem circulationsfähigen Verkehrsobject geworden.

3. Erstreckung des Erbrechts auf die Erben des Eingesetzten.

Wenn der Eingesetzte den Anfall der Erbschaft nicht erlebt, so ist dieselbe für seine Erben verloren. Nun kann es aber der

320) L. 6 §. 5 quae in fr. cred. (42. 8). Gaj. II. 189. L. 58 Sol. matr. (24. 3) ... reddendus est ... servus ... ea conditione, ut, cum jussu ejus adierit, rursum marito retradatur. L. 1 §. 14 de succ. ed. (38. 9). Vermöge dieses Mittels konnte die Erbschaft als Speculationsobject von einer Hand in die andere wandeln, L. 2 §. 9 de B. P. (37. 11) .. si per multos dominos transierit servus ... novissimo dabimus B. P.

320a) L. 28 pr. Si quis omissa (29. 4) .. cum per pretium servi hereditatis quoque aestimationem consequatur.

321) Die obige Erklärung des praktischen Zwecks der Einsetzung der Sklaven, die ich bei Frühern nicht gefunden (selbst nicht in der ausführlichen Darstellung von Mühlenbruch in Glücks Pandekten B. 39 S. 211—229), ist von mir bereits früher in meinen Jahrbüchern für die Dogmatik u. s. w. B. 1 S. 49 Note (1856) und damit gleichzeitig von Köppen die Erbschaft, S. 93 Note 7 (1856) aufgestellt worden.

Digitized by Google

Wille des Testators sein, diesen Verlust abzuwenden. Wie ist dies zu erreichen?

Auf directem Wege ebenfalls nicht. Der Testator kann allerdings dem Eingesetzten andere Personen substituiren, also auch dessen jetzige nächste Intestaterben, allein die jetzigen sind nicht immer auch die zukünftigen, eine Substitution der „zukünftigen Erben desselben" aber als zur Zeit noch ungewisser Personen (personae incertae) ist unstatthaft. Die Antwort auf die obige Frage wird der Leser sich nunmehr selber geben. Der Testator setzt wiederum die Sklaven der beabsichtigten Person zu Erben ein; wenn letztere stirbt, so geht mit ihrer Erbschaft auch das Eigenthum der Sklaven und damit die seinige auf diejenigen Personen über, die zu jener berufen sind.[321a])

4. Versprechen an unbestimmte Personen.

Nach römischem Recht ist ein Versprechen an eine unbestimmte Person (z. B. das der Restitution des Vermögens des arrogirten Unmündigen an seine „demnächstigen" Erben für den Fall seines Todes während der Unmündigkeit, oder einer Prämie an „den, der die Sache wiederbringt")[322]) ebenso wenig zu Recht beständig, als die Erbeinsetzung unbestimmter Personen, gleichwohl bot aber das römische Leben zur Leistung derartiger Versprechungen manche Veranlassung dar. Das erste der beiden soeben erwähnten Beispiele belehrt uns darüber, wie man sich hier half, ohne einen

---

321a) Für das Legat bestand das obige Hinderniß nicht, denn dasselbe ging, insofern nur der Legatar den Tag des Anfalls erlebt, auf dessen Erben über. Wollte der Testator den Anfall des Legats selbst von dem Tode des Legatars vor diesem Zeitpunkt unabhängig machen, so vermachte er es alternativ ihm oder einem seiner Sklaven; wollte er, daß es nicht in seine Hände komme, sondern erst seinen Erben ausgezahlt wurde, so lautete die Formel: heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, L. 79 pr. de cond. (35. 1).

322) Mit modernem Ausdruck die Auslobung, die in ihrer thatsächlichen Gestalt auch den Römern bekannt war, s. z. B. Petron. Sat. c. 97, Apulej. Met. VI. (ed. Bip. p. 123).

Digitized by Google

der obersten Grundsätze des Obligationenrechts preis zu geben. Der Arrogator leistet das Versprechen dem servus publicus d. i. der Commune, also einer bereits jetzt genau bestimmten Person.[323] Bei Eintritt der Bedingung cedirt letztere ihre Klage den Personen, welche ohne dazwischen gekommene Arrogation im jetzigen Moment die nächsten Intestaterben des Unmündigen sein würden, oder stellt sie selber an und gibt das Empfangene heraus.[324] Es ist dies derselbe technische Apparat eines Rechtsträgers, den wir schon früher haben kennen lernen und der außer den dort genannten Fällen noch mehrfach zur Anwendung gelangte.[325]

5. Stellvertretung.

Das Bedürfniß, sich bei rechtlichen Handlungen durch Andere vertreten zu lassen, ist von einem einigermaßen entwickelten Verkehr gar nicht zu trennen. Wenn gleichwohl das römische Recht

---

323) L. 18, 19 de adopt. (1. 7), L. 2 Cod. ibid. (8. 47), im justinianischen Recht (seitdem durch L. 3 Cod. de tabul. 10. 69 die Anstellung der Sklaven im öffentlichen Dienst untersagt war) der persona publica d. i. dem Magistrat oder Notar §. 3 I. ibid. (1. 11) cf. L. 31 [32] Cod. de episc. (1. 3), Schrader ad §. 3 I. cit. Daran knüpfte die Doctrin des Mittelalters die Benutzung des Notars für ähnliche Zwecke einer Ableistung eines Versprechens zu Gunsten künftiger Personen an. Buchka Stellvertretung bei Verträgen S. 125, 133, 138, 140, 145 und anderwärts. Bei dem Versprechen, welches der curator furiosi wegen der demselben ertheilten Bon. Poss. zu leisten hatte, erhob sich dieselbe Schwierigkeit — wem sollte es geleistet werden? Wahrscheinlich bediente man sich hier desselben Umweges, arg. L. 7 §. 4 Cod. de cur. fur. (5. 70) .. multas ambages und §. 11 cautione vel satisdatione, quae antiquitus fuerat introducta.

324) Ohne Zustimmung jener Personen durfte dem servus publicus nicht geleistet werden. L. 19 de comp. (16. 2).

325) So z. B. im Fall der Note 326 und in dem der L. 4 §. 9 de fid. lib. (40. 5), bei der addictio libertatum conservandarum causa .. convenire creditores unumque creare, cui caveatur omnium nomine; das dem Rechtsträger der sämmtlichen Erbschaftsgläubiger geleistete Versprechen kam sicherlich auch denjenigen zu gute, die sich erst später gemeldet hatten.

Digitized by Google

sich, wie es scheint, erst verhältnißmäßig spät zu den Formen erhoben, denen wir in der klassischen Zeit dafür begegnen, so hat dies nur darin seinen Grund, daß sich dasselbe bereits von Altersher in Besitz zweier Formen befand, die sich auch noch im neuern Recht erhalten haben. Die eine war die Benutzung der hausunterthänigen Personen für den angegebenen Zweck, sie stützte sich auf den Satz, daß alles, was diese Personen erwerben, dem Gewaltinhaber zufällt. Vor allem waren es die Sklaven, deren man sich zu dem Ende in ausgedehntester Weise bediente, und dieser ihr juristischer Beruf gehört wesentlich mit zur vollständigen Charakteristik der Stellung, die sie in der römischen Welt einnahmen. In welchem Maße die Römer sich daran gewöhnt hatten, in ihnen bloße Instrumente zum Abschluß von Rechtsgeschäften zu erblicken, geht schlagend daraus hervor, daß die Juristen in dem Fall, wo der Abschluß der cautio rem pupilli salvam fore zwischen Tutor und Mündel durch das Kindheitsalter des letzteren ausgeschlossen ist, dem Tutor das Mittel an die Hand geben, demselben einen Sklaven zu kaufen, der statt seiner jene cautio mit dem Tutor abschließt.[326])

Diese Form litt jedoch an einem Mangel, sie erstreckte sich nicht auf die processualische Stellvertretung. Diesem Mangel half die zweite Form ab, die jedoch keineswegs auf diesen Zweck beschränkt war. Sie bestand darin, daß der Beauftragte das Geschäft in eignem Namen abschloß und hinterher die Wirkungen desselben auf den Mandanten übertrug. Wo die Vornahme des gewünschten Aktes an Voraussetzungen geknüpft war, die sich nur in der Person des Mandanten, nicht in seiner eigenen vorfanden, mußten dieselben erst auf ihn übertragen werden, so z. B. das Eigenthum des Grundstücks, für das er eine Servitut erwerben oder an dem er sie bestellen sollte.[327]) Dieser Weg war nament-

326) War dies wegen Armuth des Pupillen nicht möglich, so ward wiederum der servus publicus oder auch die Obrigkeit herangezogen, L. 2—4 Rem pup. (46. 6), L. 1 §. 15 de mag. conv. (27. 8).

327) L. 4 §. 3 de alien. jud. (4. 7) . . dominio in eos (procuratores)

Digitized by Google

lich geboten im Proceß. Um hier einen Andern an die eigene Stelle zu setzen, blieb in alter Zeit nichts übrig, als das Verhältniß, welches den Gegenstand des Streites bildete, auf ihn fiduciarisch zu übertragen, also bei Eigenthums- und Servitutenstreitigkeiten das Grundstück. Selbst bei einem Streit über eins der Gewaltverhältnisse war dieser Weg nicht ausgeschlossen, man mancipirte den Sklaven, das Kind, die Frau, ohne daß dieselben darum das Haus zu verlassen brauchten, und der jetzige Innehaber der Gewalt über sie führte in dieser Eigenschaft den Proceß, dessen Verhandlung und Entscheidung sich auch in dieser Gestalt lediglich um das Recht des Autors drehte. Ich kann mir denken, daß ein Mann, der auf längere Zeit sich von seinem Hause entfernen mußte, ebenfalls diesen Weg einschlug, um den Seinigen, denen der Zutritt zu Gericht versperrt war, für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vertreter zu sichern. Nur bei der Erbschaft und der Forderung war aus bekannten Gründen eine solche Uebertragung ausgeschlossen. Wie bei der ersteren der Testator gleichwohl es erreichen konnte, dem eingesetzten Erben die Last, selber die Processe zu führen, zu ersparen und sie auf andere Schultern zu legen, ist oben mitgetheilt. Für die Forderungsverhältnisse blieb nichts anderes übrig, als sofort bei Begründung derselben den eventuellen Stellvertreter als Mitgläubiger (adstipulator) oder als Mitschuldner (adpromissor) heranzuziehen,[328]) wenn nicht etwa der

plerumque ex justa causa translato (im Sinn der im justinianischen Recht ausschließlich geltenden Traditionstheorie interpolirt). Zu einem solchen Hin- und Herübertragen des Grundstücks bot gerade die Servitutentheorie mehrfache Veranlassung, so z. B. im Fall der L. 15 §. 7 de usufr. (7. 1) (darüber meine Abh. in meinen Jahrbüchern für Dogmatik u. s. w I. S. 34) und in dem der Vat. fr. §. 51. Auch für die Freilassung eines Sklaven konnte ein solcher Umweg nöthig werden, so z. B. um des Falles der Verhinderung des Herrn am Erscheinen in Rom zu geschweigen, in dem der L. 13 de man. (40. 1).. dubitationis tollendae causa ab agnato (curatore furiosi) tradendum servum, ut ab eo, cui traditus esset, manumittatur, Octavenus ait.

328) Mit Recht erblickt man in diesem Stellvertretungszweck das ursprüngliche historische Motiv der adpromissio und adstipulatio. Puchta

Digitized by Google

Gegner selber die Hand zur Novation der streitigen Forderung bot. Dagegen ließ sich die Acceptilation durch Mittelspersonen sehr leicht bewerkstelligen, dadurch nämlich, daß die Forderung zunächst in ihrer Person novirt und dann von ihnen erlassen ward. Auch hier wiederum die Figur des Rechtsträgers — ein bloßer Figurant zur Erreichung von Rechtszwecken, die mit seiner Person nichts zu schaffen hatten.[329])

6. Erstreckung des Urtheils auf die Zukunft.

Das Urtheil des Richters kann nicht bedingt und nicht auf die Zukunft lauten,[330]) also auch keinen zur Zeit noch nicht existenten Anspruch für den Fall seiner demnächstigen Existenz eventuell vorbehalten; der Kläger, der ihn gleichwohl vorher geltend macht, verliert ihn, denn der spätern Erhebung der Klage steht die exc. rei judicatae entgegen. Dieser Grundsatz konnte in manchen Verhältnissen höchst drückend werden. Ich setze z. B. den Fall der act. pro socio, die der Gesellschafter schon sofort nach aufgehobener Societät genöthigt ist zu erheben, während noch bedingte Forderungs- oder Schuldverhältnisse schweben. Wie hier helfen?

Die Antwort des Juristen lautet: der Richter legt den streitenden Theilen auf, sich gegenseitig die demnächstige active und

---

Cursus der Institutionen II. §. 156 Note c, III. §. 277 Note z (Rudorff). Brinz Kritische Blätter Nr. IV. S. 19—22.

329) L. 13 §. 10 de accept. — (46. 4) . . nam et in absentium persona hoc remedio uti solemus: stipulamur ab aliquo id novandi causa, quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus a quo stipulati sumus: ita fiet, ut absens novatione, praesens acceptilatione liberetur. Desselben Umwegs hat sich nach dieser Stelle auch der Vormund zu bedienen, wenn eine Forderung oder Schuld seines Pflegebefohlenen durch Acceptilation getilgt werden soll.

330) L. 35 de jud. (5. 1) Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt.

Digitized by Google

passive Theilhaberschaft an den zur Zeit noch schwebenden Schuldverhältnissen zuzusichern, aus dieser cautio entsteht ein neuer, selbständiger Anspruch, dem seiner Zeit, wenn die Bedingung desselben in Erfüllung gegangen, die exc. rei judicatae nicht im Wege steht.[331]) In derselben Weise half man sich überall, wo es wegen schwebender Verhältnisse, deren Berücksichtigung man dem Kläger billigerweise nicht zumuthen konnte, eines eventuellen Urtheils bedurft hätte. Man beendete den Proceß in gewöhnlicher Weise durch Condemnation oder Absolution, aber sorgte dafür, daß vorher das Fundament für eine eventuelle zukünftige Klage gelegt wurde.[332])

7. Indirecte Erzwingung der Naturalrestitution im Proceß.

Das Urtheil im Formularproceß lautete bekanntlich immer auf Geld. Mit dem Geldwerth der Sache war aber dem Kläger in allen solchen Fällen, wo dieselbe für ihn nicht bloß als Werthobject in Betracht kam, sondern ein individuelles, specifisches Interesse hatte, wenig gedient; es war ihm um die Sache selber, nicht um das Geld zu thun. Wie ihm dazu verhelfen?

Diesem Zwecke diente eine eigenthümliche Einrichtung des römischen Processes: die der actiones arbitrariae, welche das Princip der Naturalrestitution mit der der Geldcondemnation vereinigten. Der Richter ward angewiesen, nachdem er sich von dem Recht des Klägers überzeugt hatte, zunächst auf Naturalrestitution zu erkennen (arbitrium de re restituenda). Diese Auflage war freilich nicht direct erzwingbar, es hing ganz vom Beklagten ab, ob er ihr Folge leisten wollte oder nicht; dadurch wird das Princip

331) L. 27, 38 pro soc. (17. 2).

332) L. 12 §. 5 ad exhib. (10. 4), L. 23 §. 5 de pign. (20. 1), L. 63 §. 4 pro soc. (17. 2), L. 47 §. 2 de pec. (15. 1), L. 9 §. 5 quod met. (4. 2) (doli repromissio), L. 15 de O. N. N. (39. 1), L. un. §. 7 Cod. Rei ux. (5. 13) u. a.

Digitized by Google

der Geldcondemnation aufrecht erhalten, das Endurtheil mußte auch hier stets auf Geld lauten. Aber folgte er der ihm gewordenen Auflage nicht — wir können sie juristisch als einen ihm ertheilten Rath bezeichnen — so ward der Kläger zum juramentum in litem zugelassen, bei dem er den Betrag seines Interesses so hoch greifen konnte, als er nur wollte, und auf den der Richter im Endurtheil zu erkennen hatte. Der Beklagte wurde damit ganz in die Hände des Klägers gegeben — es war eine Schlinge, die er nur zuzuziehen brauchte, um ihn an den Bettelstab zu bringen — eine Aussicht, der nur ein Wahnwitziger spotten konnte.

8. Indirecte Erwirkung eines richterlichen Ausspruches.

Sollte über irgend ein Factum ein richterlicher Ausspruch erwirkt werden, so geschah dies in der Weise, daß von den Personen, unter denen dasselbe streitig war, die eine sich von der andern irgend eine beliebige unbedeutende Summe für den Fall versprechen ließ, daß dasselbe wahr sei, und dann auf Zahlung der Summe Klage erhob (sponsio praejudicialis, II 86). Um über letztere zu entscheiden, war der Richter genöthigt, sich über das Dasein der Bedingung ein Urtheil zu bilden, er erkannte also mittelbar über die streitige Thatsache. Die Anwendung dieses Mittels im römischen Verkehr war ganz Sache der freien Vereinbarung der Parteien, aber seine Brauchbarkeit bewirkte, daß es auch im Proceß als processualische Einrichtung Aufnahme fand, so daß also die streitenden Theile gezwungen werden konnten, über einen streitigen Punkt eine solche sponsio praejudicialis einzugehen.

9. Indirecte Erzwingung eines facere.

Die Obligation des ältern Rechts hat die Sache d. h. das dare zu ihrem Grunde und zu ihrem Zweck oder Gegenstand, ein facere kann nicht wirksam versprochen werden. Andererseits

Digitized by Google

ist aber doch für einen einigermaßen entwickelten Verkehr die juristische Erzwingbarkeit eines versprochenen facere ein unabweisbares Bedürfniß. Der Weg, auf dem der ältere Verkehr dasselbe befriedigte, ist ganz derselbe, wie in dem vorhergehenden Fall: der der indirecten Erzwingung. Der Promittent verspricht für den Fall, daß er die zugesicherte Handlung nicht vornimmt, eine Geldsumme, hoch genug gegriffen, um den gewünschten Zwang auf ihn auszuüben (Conventionalpön).[334]

10. Uebertragbarkeit der Forderungen.

Die Obligation ist nach römischer Auffassung unlöslich mit der Person des Gläubigers und Schuldners verknüpft, ein Wechsel der Personen, wie er bei der Delegation stattfindet, ist Aufhebung der bisherigen Obligation und Errichtung einer neuen. Der Umstand, daß die active Delegation Einwilligung und Mitwirkung des Schuldners voraussetzte, machte die Benutzung dieser Form für den Zweck der Uebertragung der Obligation zu einer höchst lästigen und unsicheren, es bedurfte für den regen Handels- und Geldverkehr der spätern Zeit einer andern Form, die nicht an diese Voraussetzung gebunden war. Dies war bekanntlich die Cession. Die Form, in der sie das Problem der Uebertragung der Obligation löste, ohne mit dem einmal adoptirten obigen Dogma in Widerspruch zu gerathen, bestand in der Verwendung der zu jener Zeit bereits zugelassenen processualischen Stellvertretung. Dem Cessionar ward die Vollmacht zur Anstellung der Klage (mandatum ad agendum) ertheilt, er führte den Proceß wie ein gewöhnlicher Proceßprocurator, nur daß er das Beigetriebene für sich selber behielt (procurator in rem suam).

---

334) Demselben Zweck diente das oben (S. 192 Anm. 240a) in der vorliegenden Auflage kurz geschilderte Institut der Einständer, das Versprechen des dare hatte auch hier nur die Bestimmung des facere zu erzwingen.

Digitized by Google

11. Indirecte Zweiseitigkeit der einseitigen Obligation.

Das ältere Recht kannte nur einseitige Obligationen (S. 201 fl.), aber die Bedingung bot das Mittel, ihnen den Erfolg zweiseitiger zu verschaffen. Wünschten z. B. die Contrahenten bei einem Kaufcontract, der nach altem Recht in die Form zweier einseitiger Stipulationen gekleidet werden mußte, sich gegen die daraus sich ergebende Gefahr, daß der eine Theil auf Erfüllung klage, ohne seinerseits bereits geleistet zu haben, sichern zu wollen, wollten sie m. a. W. den Erfolg des zweiseitigen Vertrages, daß die Leistung Zug um Zug geschehe, herbeiführen, so nahm jeder in sein Versprechen die entsprechende Bedingung der Gegenleistung auf (spondesne centum dare, si equum dederim? equum dare, si centum dederim?). Ebenso verfuhr der Testator, der, was in directer Weise nicht zu beschaffen war (S. 204), dem Legatar eine Leistung an einen Andern auferlegen wollte (heres damnas esto Maevio centum dare, si Maevius Titio equum dederit). Die Bedingung hat für das ältere Recht die historische Bedeutung eines Surrogats für die mangelnde Zweiseitigkeit.

Die bisher mitgetheilten Beispiele werden zur Genüge erwiesen haben, wie sehr die römischen Juristen es verstanden haben, durch geschickte Benutzung der vorhandenen Mittel den Anforderungen des praktischen Lebens gerecht zu werden. Es war nicht ihre Weise, ein begründetes Verlangen achselzuckend damit abzuweisen, daß es sich mit der Theorie nicht vertrage, sie hielten es für eine wesentliche Seite ihres Berufes, selber die Mittel aufzufinden, um demselben zu entsprechen und dem Verkehr die juristischen Wege zu ebnen und bahnen, die er nöthig hatte, um seine Zwecke zu erreichen, kurz ihre Kunst war zugleich eine praktische Rechtsheuristik, Cautelarjurisprudenz im weitesten Sinne des Worts. Diese Seite ihrer Kunst bildete nicht etwa einen be-

Digitized by Google

sonderen Zweig für sich, sondern ein untrennbares, allgegenwärtiges Element der Rechtstheorie, d. h. auch bei ihren rein theoretischen Untersuchungen stellen die römischen Juristen sich nie auf den Standpunkt einer rein wissenschaftlichen Vertiefung in die Rechtswelt nach Art der Naturforscher, sondern sie halten stets die praktische Bestimmung der Rechtssätze und Begriffe: das Zweckmoment fest im Auge, geben daher überall die Mittel und Wege an, um den Verlegenheiten, die aus der strengen Durchführung der Theoreme sich für das Leben ergeben können, zu entgehen[335]), während wir heutzutage dasselbe nur zu oft ruhig in der Sackgasse stecken lassen, in die es durch unsere eigene Schuld gerathen ist. Der Umstand, daß unser heutiges Recht die Ausbildung dieser heuristischen Geschicklichkeit in ungleich geringerem Maße beansprucht und fördert, als das altrömische, indem es der rechtlichen Bewegung von vornherein einen weit größeren Spielraum öffnet, als letzteres, dieser Umstand hat zur Folge gehabt, daß wir für die vielfachen Proben derselben in unseren Quellen ein ungleich geringeres Wahrnehmungsvermögen besitzen, als wir es sonst haben würden. Uns genügt regelmäßig die Constatirung des Rechtssatzes; welcher Rechtszweck durch denselben gefördert werden soll, kümmert uns wenig. Wir registriren den Satz, daß auch Sklaven zu Erben eingesetzt werden konnten, ohne dabei die so nahe liegende Frage aufzuwerfen, was denn den Testator veranlassen konnte, statt des Herrn seinen Sklaven einzusetzen (S. 250). Es genügt uns zu wissen, daß die Tradition einer res mancipi kein Eigenthum übertrug, auf die Frage aber, was denn die Parteien veranlassen konnte, die Sache, anstatt zu mancipiren, bloß zu tradiren, bleiben wir entweder die Antwort schuldig, oder wir geben eine solche, die unmöglich befriedigen kann, wie z. B. daß sie sich die Weitläufigkeit der Mancipation hätten ersparen wollen — als wenn fünf Zeugen und eine Wagschale in Rom schwer zu haben

335) S. z. B. die Stellen in Note 320, 324—327, 329; viele sonstige Beispiele in den justinianischen Pandekten.

Digitized by Google

gewesen wären! — oder daß die Mancipation nur unter Gegenwärtigen hätte beschafft werden können — als ob dem Sklaven oder Stellvertreter[335a]) des Abwesenden nicht ebenso gut hätte mancipirt, als tradirt werden können! Läßt sich denn nicht ein ganz verständiger praktischer Zweck dafür denken? Ich sollte es meinen! Was unser heutiges pactum reservati dominii oder pactum displicentiae bezweckt, dazu diente in Rom bei res mancipi die Tradition derselben, die Mancipation erfolgte erst, wenn der Kaufpreis gezahlt war, bis dahin hatte der Verkäufer Sicherheit an seinem Eigenthum und der daraus sich ergebenden rei vindicatio, der in diesem Fall eine exc. rei venditae et traditae mit Erfolg nicht entgegengesetzt werden konnte.

Ein anderes, allerdings erst der späteren Kaiserzeit angehöriges, aber ungemein feines Probestück römischer Cautelarjurisprudenz, das ebenfalls regelmäßig ganz übersehen wird, bietet die Verbindung des Vorkaufsrechts mit dem Anspruch auf die s. g. quinquagesima (Alienationsgebühr) bei der Emphyteusis[336]). Zu welchem Zweck diese Verbindung? Beide Rechte stützen und sichern sich gegenseitig. Gibt der Emphyteuta, um den Eigenthümer von der Ausübung seines Vorkaufsrechts abzuschrecken, den ihm gebotenen Kaufpreis beträchtlich höher an, als er wirklich ist, so berechnet ihm letzterer von diesem Preise die Alienationsgebühr; gibt er umgekehrt, um ihn in Bezug auf letztern zu verkürzen, den Kaufpeis niedriger an, so wählt der Eigenthümer das Vorkaufsrecht. Die Verbindung beider Rechte bewirkt mithin, daß der Emphyteuta sich nicht nach der einen Seite von der Wahrheit entfernen kann, ohne sich nach der andern in seiner eigenen Schlinge zu fangen — eine juristische Zwickmühle![337])

335a) Bei Benutzung eines Stellvertreters natürlich mittelst doppelter Mancipation: der des Gebers an ihn, und seiner eigenen an den Auftraggeber.

336) Dieselbe war bereits vor Justinian üblich, L. 3 Cod. de jure emph. (4. 66) quod usque ad praesens tempus perpetrari cognovimus; Justinian hat nur ihren Betrag auf $^1/_{50}$ fixirt.

337) Ein würdiges Seitenstück dazu aus älterer Zeit war die fructus

Digitized by Google

2. Die Schleichwege des Lebens.

Die Verwendung der Rechtsverhältnisse im Leben. — Mißbrauch der Familienverhältnisse. — Mittel zur Vereitelung der erbrechtlichen Beschränkungen.

LVII. Dieselbe Kunst, die, wie wir soeben gesehen haben, bemüht war, das Recht zu stützen, zu fördern und zu vervollkommnen, diente im Leben auch dazu, seinen Bestimmungen auszuweichen, sie zu umgehen und zu vereiteln. Den Umwegen, welche die Wissenschaft einschlug, um *erlaubte* Zwecke zu erreichen, correspondirten die Schleichwege, deren das Leben sich bediente, um *unerlaubte* Zwecke zu verfolgen. Mögen es Juristen oder Nichtjuristen gewesen sein, deren Schlauheit diese Schleichwege ausgefunden hatte, jedenfalls bilden letztere selber kein Stück der römischen *Jurisprudenz*, denn die Wissenschaft hat die Wege des Rechts zu lehren, nicht die des Unrechts. Sie würden daher ganz außerhalb der Grenzen unserer Aufgabe fallen, wenn nicht ein doppelter Grund uns nöthigte, auch ihnen einen Blick zuzuwerfen. Einmal nämlich die Thatsache, daß manche von ihnen im Laufe der Zeit als *Scheingeschäfte*, d. h. als vom Recht und von der Jurisprudenz adoptirte *Geschäftsformen* (§ 58) eine gewohnheitsrechtliche Geltung erlangten, und sodann der Umstand, daß sie, indem sie das Recht und die Jurisprudenz in die Lage versetzten, ihnen entgegenzutreten, dadurch

licitatio beim interdictum uti possidetis, erinnernd an den Salomonischen Richterspruch; sie diente als Probirstein zur Entdeckung des wahren Berechtigten. Der provisorische Besitz während des Processes ward zwischen beiden Parteien versteigert, der wirkliche Besitzer hatte es also in seiner Hand, den Preis so hoch zu treiben, daß der Nichtberechtigte von Sinnen hätte sein müssen, um ihn zu überbieten, oder daß er, wenn er es dennoch gethan hätte, ihm den größten Gefallen damit erwiesen haben würde; es war ein Mittel ähnlicher Art, wie das juramentum in litem bei den actiones arbitrariae (S. 256). Wie unvollkommen erscheint dagegen unser heutiges Summariissimum!

Digitized by Google

die Veranlassung und Quelle mancher nur von diesem Gesichtspunkt aus zu erklärender Rechtssätze wurden.[337a]) Die römische Schlauheit war in der Entdeckung solcher Schleichwege ungemein erfinderisch, kaum war ihr der eine abgeschnitten, so war bald ein anderer da, kaum aus diesem Schlupfwinkel durch das Gesetz vertrieben, hatte sie sofort wiederum einen andern in Besitz genommen — ein Schauspiel, das unwillkürlich das Bild eines in seinem Bau umstellten und angegriffenen Fuchses vor die Augen führt. Wem es gelänge, diesen Kampf bis in seine Einzelheiten zu verfolgen und zu schildern, dem römischen Fuchse in alle seine gewundenen Gänge und Wege nachzuschleichen, würde damit ein Blatt römischer Rechtsgeschichte ausgefüllt haben, das zur Zeit fast noch unbeschrieben ist, und das uns doch zweifellos sehr interessante Aufschlüsse geben, uns den Sinn so mancher Rechtssätze enthüllen würde, die für uns, so lange wir gewohnt sind, den Zugang zu ihnen, statt unter der Erde, mit Hülfe des Luftballons[338]) von den Wolken her zu suchen, ewige Räthsel bleiben

---

337a) [Zusatz zur vierten Auflage]. Als Beispiel nenne ich die exceptio litis residuae und litis dividuae [Gaj. IV. 122). Wozu diese Einreden? Man versteht nicht, was einen Kläger veranlassen konnte, bloß einen Theil seines Anspruchs oder von mehreren Ansprüchen bloß einen einzuklagen, und warum ihm in beiden Fällen die klageweise Verfolgung des Rechtes während derselben Prätur versagt ward. Ich erblicke den Grund darin, daß der Kläger erst die Probe machen wollte, um zu sehen, wie die Sache verlief (ballon d'essai). Fiel sie schlecht aus, so wartete er den nächsten Prätor ab, fiel sie gut aus, so holte er den ganzen Rest während dieser Prätur nach. Hatte der gegenwärtige Prätor dem Beklagten eine Einrede gewährt, so blieb es möglich, daß sein Nachfolger sie versagte, und der Kläger wartete, hatte er sie versagt, so klagte er sofort weiter. War die Bestellung des Richters für den einen der von mehreren erhobenen Ansprüche nach seinem Wunsche ausgefallen, so brachte er auch die noch fehlenden an, und er konnte darauf rechnen, daß er für seine sämmtlichen Rechtshändel denselben Richter erhielt; paßte der Richter ihm nicht, so schob er die übrigen Klagen auf. Dieses probeweise Klagen sollte durch jene beiden Einreden verhindert werden.

338) Ein celebres Beispiel einer solchen Luftballonserklärung in einem Fall, in dem der Zugang allein unter der Erde zu suchen war, liefert der oben S. 149 besprochene Satz: nemo pro parte testatus u. s. w. Für ge-

Digitized by Google

werden. Ich hatte mir vorgenommen, an dieser Stelle das Material, das ich mir für diesen Zweck gesammelt habe, vollständig zu verwerthen, dasselbe ist jedoch so angewachsen, und der Versuch der Verarbeitung desselben hat mich so sehr in Einzelheiten und ins Weite geführt, daß ich Anstand nehme, ihn hier einzufügen, und mich lieber auf eine kurze Skizze beschränke.

Wenn ich zunächst den Gesammteindruck, mit dem meine Untersuchungen abgeschlossen haben, in ein Wort zusammenfassen darf, so besteht er in der Ueberzeugung, daß eins der schwierigsten Probleme, die an den Gesetzgeber überhaupt herantreten können, darin besteht, sein Gesetz gegen Umgehungen sicher zu stellen, und daß alle Kunst, die er aufbietet, es zu schützen, derjenigen, die das Leben anwendet, es zu durchlöchern, zu untergraben, zu stürzen, kaum gewachsen ist. Wer noch den Glauben theilt, — ein Glaube, von dem auch die Gesetzgeber nicht selten nichts weniger als frei gewesen sind — daß es einfach genüge, etwas zu gebieten oder zu verbieten, um den gewünschten Erfolg zu erreichen, gleich als ob bloß die Schärfe des Schwertes genüge, um zu treffen, und nicht auch der wuchtigste Schlag dadurch, daß der Gegner ihm ausweicht, zu einem bloßen Lufthieb werden kann — wer also diesen Wahn noch theilt, der lese das Blatt Geschichte, das ich ihm im Folgenden aufrollen werde, um von demselben gründlich geheilt zu werden.

Die Klagen über die Unerschöpflichkeit der auf die Vereitelung der Gesetze gerichteten List und die Erfolglosigkeit oder wenigstens den geringen Erfolg der ihr entgegengestellten gesetzlichen Maßregeln wiederholen sich in Rom zu allen Zeiten, und würde es an ausdrücklichen Aussprüchen fehlen,[339]) die fortgesetzten Bemühun-

wisse Naturen wird freilich der Luftballon immer seinen Reiz behalten, es hat etwas ungleich Verführerisches in den Wolken zu schweben und auf die Welt herabzusehen, als unter der Erde um den Dachsbau herumzuschleichen und nach dem verborgenen Eingang zu suchen.

339) In Wirklichkeit fehlt es daran nicht, so z. B. Tac. Ann. VI. 16 (bei Gelegenheit der Wuchergesetze) multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursum oriebantur. L. 1

Digitized by Google

gen, deren die Gesetzgebung und die Jurisprudenz bedurfte, um bei einem und demselben Verhältniß eine nothdürftige Sicherung zu bewirken, würden das beredteste Zeugniß dafür ablegen. Kein Verhältniß, das nicht einer derartigen fraudulösen Benutzung ausgesetzt gewesen wäre, nichts war heilig, weder die Ehe, noch das elterliche Verhältniß, noch die Ehre, kein Rechtsinstitut, das man nicht in den Staub gezogen hätte, um irgend einen schnöden Zweck damit zu erreichen, und ohne es zu wissen, mußte oft selbst die Obrigkeit ihre Hand dazu bieten, die Verfolgung illegaler Zwecke durch das Urtheil in einem abgekarteten Proceß zu fördern.[340]) Den äußersten Tiefegrad erreichte dieser Unfug allerdings erst in der Zeit der sittlichen Versunkenheit und Verwilderung, als alle Bande der Zucht und Scham zerrissen waren. Damals schrak die entartete Damenwelt der höheren Kreise ebenso wenig davor zurück, sich durch Anmeldung beim Aedilen unter die Zahl öffentlicher Dirnen einen Freibrief von den Unzuchtgesetzen zu erwirken, als die dem zarten Geschlecht vollkommen ebenbürtige männliche Jugend vor der Schande der Infamie, um sich dadurch das für infame Personen strafloſe Auftreten auf der Bühne zu ermöglichen.[341]) Aber selbst die gute alte Zeit ist von dem Vorwurf, das erste Beispiel zu einer solchen Versündigung gegeben zu haben, nicht frei zu sprechen, und die Jurisprudenz trägt daran ebenfalls einen Antheil der Schuld. Es ist dies ein für die ganze

pr. Cod. de cad. toll. (6. 51) multas invenientibus vias. Gaj. I. 46 . . sunt etiam specialia SCa, quibus rescissa sunt ea quae in fraudem ejus legis (Furiae Caniniae) excogitata sunt.

340) Hier ist natürlich nicht an die in jure cessio gedacht, bei welcher der Zweck ja ein erlaubter und der Obrigkeit bekannter war, sondern an solche Fälle, wo dies nicht der Fall war, z. B. Anstellung einer act. famosa zu dem Zweck, daß der Beklagte infam und dadurch von gewissen gesetzlichen Beschränkungen frei werde. Sueton. Tiber. c. 35: quo minus in opera scenae arenaeque edenda senatusconsulto tenerentur, famosi judicii notam sponte subibant; Anstellung des judicium liberale, damit der Freigelassene die Rechte des Freigebornen erhalte, L. 1, 5 de coll. deteg. (40. 16), Suet. Aug. c. 74: asserto in ingenuitatem.

341) Ueber beides das Citat der vorigen Note von Sueton.

Digitized by Google

Weise der Römer und damit auch der römischen Juristen höchst bezeichnender Punkt. Ueber dem strengen Festhalten des juristischen Moments haben sie, ohne es zu wissen und wollen, das ethische preisgegeben. Die Benutzung der Ehe als bloßer Scheinehe für die Verfolgung gewisser legislativ nicht zu beanstandender Zwecke (§ 58) mochte immerhin vom einseitigen Standpunkt juristischer Technik sich noch sehr empfehlen, eine Jurisprudenz, die sich auf den höhern legislativ-politischen und ethischen Standpunkt gestellt hätte, würde nie ihre Zustimmung dazu gegeben haben, denn selbst in Anwendung auf erlaubte Zwecke enthält eine solche Verwendung der Ehe als bloßer Form eine Versündigung gegen ihr wahres Wesen und zugleich das Signal, sich ihrer auch zu andern, minder beifallswürdigen Zwecken zu bedienen, kurz sie schlechthin als ein gleichgültiges Mittel zum Zweck zu betrachten. Das ist überhaupt die dunkle Kehrseite jener einseitig juristischen Lebensauffassung, welche die Römer kennzeichnet und in der Technik der Juristen nur ihren höchsten Gipfelpunkt erreicht, daß sie, indem sie die vorhandenen Verhältnisse rein vom Standpunkt ihrer juristischen Brauchbarkeit erfaßt, sie als bloßen Apparat für beliebige Zwecke verwendet, zu jener Gleichgültigkeit gegen das wahre Wesen der Dinge, jenem formalistischen Nihilismus geführt hat, der schon früh einen Charakterzug des römischen Volkes bildet. Die Römer haben die Scheingeschäfte nicht umsonst gehabt!

Das römische Leben soll diese Anklage selber begründen, und zwar durch die Art, wie es die Familienverhältnisse behandelt hat.

Es ist bezeichnend, daß jener Mißbrauch derselben, den ich hier im Auge habe, schon in eine Zeit hinaufreicht, wo dieselben im übrigen noch in voller, ungeschwächter Kraft bestanden. Schon Licinius Stolo war es, der, um dem von ihm selbst beantragten Gesetz zu entgehen, seine Kinder emancipirte und dafür vom Volk bestraft ward (III 469). Schon Publius Scipio klagte als Censor darüber, daß die Adoption benutzt werde, um sich der Vor-

Digitized by Google

theile, die der Besitz der Kinder gewähre, zu versichern,[342]) und Scheinadoptionen und Scheinverkäufe der Kinder ins Mancipium dienten im sechsten Jahrhundert den Mitgliedern der latinischen Gemeinden als allbetretener Weg, um das römische Bürgerrecht zu erlangen.[343]) Auch die Eingehung simulirter Ehen, um den Nachtheilen der Ehelosigkeit zu entgehen, muß offenbar schon in alter Zeit häufig gewesen sein, denn der dagegen berechnete, von den Censoren auferlegte Eid, daß die Ehe in ernstlicher Absicht geschlossen sei,[344]) kann jedenfalls nicht in dem zu diesem Verdacht so wenig Anlaß bietenden Fall des Carvilius Ruga zuerst zur Anwendung gelangt sein. Auch die strenge Untersuchung, die man bei der Arrogation anstellte, um einer mißbräuchlichen Anwendung zu steuern, so wie der dabei zu leistende, von Q. Mucius schwerlich erst erfundene, sondern nur besser formulirte Eid[345]) weist darauf hin, daß rücksichtlich dieses Aktes eine solche Gefahr früh bestanden haben muß, und die ausgeprägte Gestalt, in der die Arrogation in dem bekannten Fall des Clodius als gewohnheitsrechtlich anerkannte Form zum Zweck des Uebertritts der Patricier zur Plebs zur Anwendung gelangt (§ 58), berechtigt zu dem Schluß, daß wenigstens diese Verwendung der Arrogation zu einem ihr völlig fremden Zweck im Leben bereits lange vorher stattgefunden haben muß.

342) Gell. V. 19.

343) Liv. 41, 8, dazu Adolf Schmidt, Rektoratsprogramm, Freiburg 1856. Wer Nachkommenschaft daheim ließ, konnte nach Rom ziehen und römischer Bürger werden. Wer Kinder besaß, mancipirte sie vor seiner Uebersiedelung irgend einem Römer und ließ sie daheim; letzterer ließ sie sodann frei, und da sie dadurch römische Bürger wurden, hatte die Gemeinde ihren Anspruch an sie verloren. Wer keine Kinder besaß, fand für weniges irgend einen Proletarier, der sich von ihm lediglich zu dem Zwecke adoptiren ließ, um als „Kind" zurückgelassen zu werden.

344) Liberorum quaerendorum gratia se uxorem habiturum, Gell. IV. 3; oder die Frage: ex animi tui sententia, Cic. de orat. II. 64, Gell. IV. 20. Savigny, Vermischte Schriften I. S. 84 ff. Bestrafung der Scheinehe, Val. Max. VII. 7, 4.

345) Gell. V. 19.

Digitized by Google

Das Uebel, das diese Erscheinungen schon so früh zu Tage rief, saß tief, es lag in der rechtlichen Organisation der römischen Familienverhältnisse selber. Indem dieselben über Gebühr mit vermögensrechtlichen und persönlichen Folgen ausgestattet waren, beschworen sie selber die Gefahr des Mißbrauchs herauf. Wer kann es dem Vater verdenken, daß er seinen Sohn emancipirt,[346] wenn dies der einzige Weg ist, die ihm deferirte mütterliche Erbschaft ihm selber und nicht mittelbar den Gläubigern des Vaters oder dem Fiscus zuzuwenden? Wer wird es nicht billigen, daß eine Frau den Wunsch hegt, ihren Nachlaß statt den reichen Agnaten lieber ihren bedürftigen Cognaten zuzuwenden? Das Recht aber öffnete ihr dafür keinen andern Weg, als den einer Scheinehe (§ 58).

Der Grund, warum in unserm heutigen Leben Emancipationen, Arrogationen und Adoptionen eine so große Seltenheit bilden, während sie in Rom zur Tagesordnung gehörten, liegt lediglich darin, daß unsere heutige Organisation der Familienverhältnisse eine gesündere geworden, und daß selbst das sekundäre Interesse derselben für eine Reihe sonstiger Verhältnisse hinweggefallen ist.[347] Ich wüßte nicht, was man heutzutage Großes durch sie erreichen könnte, das nicht auch auf anderm Wege zu erzielen wäre.

Der so eben geschilderte Krebsschaden der römischen Familie ward zur vollsten Blüthe gebracht durch ein Gesetz, welches gerade die Bestimmung hatte, ihr aufzuhelfen: die lex Julia und Papia Poppaea. Indem dies Gesetz, ganz im Styl des Polizeistaates

---

346) L. 26 de jure fisci (49. 14).

347) z. B. für die in der spätern Kaiserzeit so übliche Confiscation. Den Kindern, selbst den Adoptivkindern, ward dabei ein Theil des väterlichen Vermögens gelassen,— Grund genug, um bei drohender Confiscation durch Scheinadoptionen einen Theil des Vermögens in Sicherheit zu bringen, L. 7 §. 2 de bonis damn. (48. 20). Ferner für das Erbrecht: wen man nicht zum Erben einsetzen konnte, den konnte man möglicherweise adoptiren und ihm auf diese Weise die Erbschaft zuwenden. Für die Befreiung von Communallasten: L. 15 §. 2, 3 ad Munic. (50. 1).

Digitized by Google

des vorigen Jahrhunderts, vermögensrechtliche Belohnungen und Strafen in Anwendung brachte, um auf die Eingehung von Ehen und die Fruchtbarkeit der Gatten hinzuwirken, vermehrte es damit nur das Gewicht der äußern Zwecke und Rücksichten, die schon bis dahin sich wie ein Bleigewicht an die Familie geheftet und die rein sittliche Selbstbestimmung ihrer Bewegung gelähmt hatten. Es ist hier nicht der Ort, die tiefe Unsittlichkeit dieses Gesetzes, das selbst der Wittwe und der geschiedenen Frau nicht schonte,[348]) Greise und Greisinnen in die Ehe trieb[349]) und das Leben manches wider Willen erzeugten Kindes[350]) und manchen Ehebruch[351]) auf dem Gewissen haben mag, näher zu kennzeichnen, aber die römische Natur hätte sich völlig verleugnen müssen, wenn sie nicht bei einem so empfindlichen Eingriff allen Scharfsinn aufgeboten hätte, um dem Gesetz zu entgehen. Kaum war es erlassen, als Augustus, der Urheber desselben, bereits Veranlassung hatte, einige der eingeschlagenen Schleichwege zu verbieten.[352]) Ehescheidungen und Scheinehen waren die unausbleibliche reiche Frucht der von ihm gesäeten Saat,[353]) und die Künste, die man in den Testamenten aufbot, um den widerwärtigen Beschränkungen letztwilliger Erwerbsfähigkeit zu entgehen, waren unerschöpflich; selbst die Juristen nahmen keinen Anstand, die Caducitätsbestimmungen so viel wie möglich zu vereiteln.[354])

---

348) Ulp. XIV.

349) Ulp. XVI. 1, durch das SC. Persicianum und Claudianum allerdings modificirt, §. 3, 4 daselbst.

350) Ulp. XV. 2, XVI. 1a .. si tres (liberos) post nominum diem amiserint. Hatten sie diesen Termin erlebt, so konnte man sie später wieder verschwinden lassen, die Prämie blieb.

351) Oder ein ähnliches Vergehen der Frau bald nach dem Tode des Mannes, arg. si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo peperit, Ulp. a. a. O.

352) Sueton. Aug. c. 34: Cumque etiam immaturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret etc.

353) L. 30 de R. N. (23. 2) Gajus ad legem Juliam et Papiam: simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

354) L. un. pr. Cod. de cad. toll. (6. 51) .. (legis Papiae) in-

Digitized by Google

Am meisten scheint sich die Abneigung und der Widerstand des Volks und die in deren Dienste thätige Kunst der Umgehung gegen drei Arten von Beschränkungen gerichtet zu haben: die der Zinsen, der letztwilligen Verfügungen und der Freilassung der Sklaven. Ich greife das zweitgenannte Beispiel zur näheren Ausführung heraus.

Das ältere Erbrecht seit Einführung des Mancipationstestaments kannte für die letztwilligen Verfügungen keine weitere Beschränkung, als die sich aus dem Erforderniß der Erbfähigkeit der honorirten Person ergab. Bedacht werden konnten nur solche Personen, die das commercium hatten, also keine Peregrinen. Die erste positive Beschränkung, welche die Gesetzgebung hinzufügte, hatte die Höhe der Legate zum Gegenstand, und es erschienen darüber bekanntlich drei Gesetze mit wechselnden Bestimmungen: die lex Furia, Voconia, Falcidia. Es ist eine auffallende Erscheinung, daß, während die beiden erstern in ganz vorsichtiger Weise neben dem Legat auch das „mortis causa capere" mit nannten,[355]) die lex Falcidia sich dessen entschlug und lediglich das Legat erwähnte.[356]) Damit war, man möchte fast glauben mit Absicht, eine Hinterthür geöffnet. Wer sich dem Gesetz entziehen wollte, brauchte die Zuwendung nur in die Form einer mortis causa donatio einzukleiden oder die gewünschte Leistung zur Bedingung der Erbeseinsetzung zu machen (Note 145); beides war kein Legat, fiel also nicht unter das Gesetz. Dasselbe galt von den Fideicommissen. Daß man bei der Erhebung derselben zur Klagbarkeit es versäumte, die lex Falcidia auf sie zu übertragen, war eine Unterlassung, — ob absichtliche oder unabsichtliche, bleibe dahin gestellt — welche den praktischen Fortbestand des Gesetzes so gut wie in Frage stellte und aus dem Grunde sehr bald nachher unschädlich gemacht werden mußte.

---

vidiosum vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret.

355) Gaj. II. 225, 226.

356) Gaj. II. 227 und L. 1 pr. ad leg. Falc. (35. 2).

Digitized by Google

Ungleich unbequemer und drückender, als dieſe objective Schranke der Teſtirfreiheit, waren die ſubjectiven, welche die lex Voconia hinſichtlich der Weiber, die lex Junia Norbana rückſichtlich einer gewiſſen Claſſe der Freigelaſſenen, vor allem aber die oben erwähnte lex Julia und Papia Poppaea hinſichtlich der Kinderloſen und Eheloſen zog, und dieſe ſubjectiven Schranken, zu denen ſich noch die rückſichtlich der Peregrinen aus dem ältern Recht hinzugeſellte, waren es vornehmlich, gegen welche man Jahrhunderte hindurch alle Kunſt und Schlauheit aufbot. Eine Menge erbrechtlicher Inſtitute, Begriffe und Rechtsſätze verdanken dieſem Beſtreben und dem ihm von Seiten der Geſetzgebung und der Jurisprudenz entgegengeſetzten Widerſtand ihren Urſprung. Meinem obigen Vorſatz getreu verzichte ich darauf, den Kampf bis in ſeine Einzelheiten zu verfolgen, insbeſondere alſo nachzuweiſen, wie die Geſetzgebung und die Jurisprudenz den Angreifer aus einer Poſition nach der andern verdrängte. Es möge genügen, einfach die hauptſächlichſten Mittel zu bezeichnen, deren man ſich zu dem angegebenen Zweck bediente.[357])

1. Die Fideicommiſſe. Als das hiſtoriſche Motiv des Aufkommens der Singularfideicommiſſe führt Gajus[358]) ausdrücklich die Erbunfähigkeit der Peregrinen an. Die erſten Fälle des Univerſalfideicommiſſes, von denen wir meines Wiſſens Kunde haben, betrafen die durch die lex Voconia beſchränkte Erbfähigkeit der Frauenzimmer.[359]) Daran reihten ſich ſeit der lex Julia und Papia Poppaea die Fideicommiſſe an Kinderloſe und Eheloſe. Seitdem derartige Fideicommiſſe unterſagt, beziehungsweiſe ganz oder zum Theil dem Aerar oder dem Fiscus[360]) zugeſprochen worden waren, ſchlug man andere Wege ein, wozu

357) Daß dieſelben nicht auch andern Zwecken dienen konnten, ſoll damit ebenſo wenig behauptet werden, als daß es zu dem obigen Zwecke nicht noch andere gegeben habe.

358) Gaj. II. 285 . . et fere haec fuit origo fideicommissorum.

359) Cic. de finib, II. 17, 18.

360) Gaj. II. 285—286a.

Digitized by Google

der des Fideicommissum tacitum gehörte, d. h. man entzog daſſelbe der Kunde der Obrigkeit, indem man es nicht im Teſtament ſelber anordnete, ſondern der onerirten Perſon im Geheimen das Verſprechen oder den Eid abnahm, es auszahlen zu wollen, ein Verſprechen, das allerdings gleich den Fideicommiſſen in alter Zeit ganz von der Zuverläſſigkeit und Treue des Subjects abhing, gleichwohl aber, wie ſie, in den meiſten Fällen ſeinen Zweck erreichte.[361]) Dieſe fideicommissa tacita machten der Geſetzgebung viel zu ſchaffen.[361a])

2. Benutzung der Bedingung für den angegebenen Zweck. Die Erbeseinſetzung oder das Legat wird an die Bedingung geknüpft, daß die bedachte Perſon die gewünſchte Leiſtung vornehme,[362]) verſpreche oder eidlich angelobe,[363]) oder es wird ihr ein Straflegat (legatum poenae nomine relictum) an eine fähige Perſon auferlegt, für den Fall, daß dieſelbe unterbleibe. Eine ſolche Anordnung fiel nicht unter den Geſichtspunkt eines Vermächtniſſes, es war keine directe, ſondern eine indirecte Zuwendung; der Bedachte, welcher ihr nachkam, that es lediglich, um die Bedingung zu erfüllen (conditionis implendae causa datum).

3. Einkleidung in die Form der Schuld, entweder im Teſtament ſelber (legatum debiti)[364]) oder mittelſt einer auf den Tod des Promittenten ausgeſtellten Stipulation.[365])

361) Ulp. XXV. 17. L. 103 de leg. I. L. 10 pr. L. 23 de his quae ut (34. 9), L. 3 pr. §. 8 L. 40 de J. F. (49. 14).

361a) S. z. B. noch Nov. 89 c. 12 §. 1 und §. 3.

362) Conditio dandi, L. 36 de m. c. don. (39. 6).

363) Letzteres iſt die conditio jurisjurandi, auf deren praktiſches Motiv zuerſt Huſchke (Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. B. 14 Nr. 12) aufmerkſam gemacht hat.

364) L. 27 de prob. (22. 3), L. 37 §. 6 de leg. III. Val. Max. VIII. 2, 2 .. expensa ferre sibi passus est, eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. L. 44 [45] i. f. Cod. de episc. (1. 3) .. simulata quaedam obligatio sub specie mutui.

365) Gaj III. 100. Die Faſſung: post mortem tuam dari spondes?

Digitized by Google

4. Niederlegung der Sache oder Summe bei einer zuverlässigen Mittelsperson mit der Bestimmung, sie nach dem Tode des Gebers der gewünschten Person einzuhändigen,[366]) oder Anweisung zur Auszahlung im gleichen Fall an den Schuldner,[367]) zu mehrerer Sicherheit verstärkt durch Zuziehung des Assignatars als correus stipulandi.

5. Einsetzung der Sklaven.[368]) Der Erfolg derselben bestimmte sich allerdings nach der Capacität des Herrn, allein letzterer sorgte dafür, daß er ihn zeitig in die Hände eines Fähigen brachte.

Wir haben alle Ursache anzunehmen, daß die Art, wie man den Zinsbeschränkungen zu entgehen suchte, ein würdiges Seitenstück zu den obigen Verhältnissen darbot.[369]) Ich habe mir die

war bis auf Justinian (§. 13 de inut. stip. 3. 19) ungültig, die Fassung: cum morieris gültig. Worauf beruhte dies? Gajus sagt: inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem. Aber über diese Ineleganz wäre man wohl hinweggekommen, nicht aber über die praktische Erwägung, daß die erste Form das Mittel dargeboten hätte, eine Erbschaftsschuld nach dem Tode des Testators d. i. nach dem Moment, welcher für die Bestimmung der Höhe des Nachlasses der entscheidende ist, zur Entstehung zu bringen. Dadurch wäre der Erbe bei der Berechnung der Quarta Falcidia den Legataren gegenüber verkürzt worden, während dies bei der zweiten Formel, welche die Schuld juristisch noch bei Lebzeiten des Testators ins Leben rief, nicht der Fall war. Jene Formel war also einer von den Schleichwegen zum Zweck der Umgehung der lex Falcidia, sie bedeutete: mein Erbe soll diese Schuld unter den Passiven der Erbschaft nicht in Anrechnung bringen.

366) L. 18 §. 2 de m. c. don. (39. 6). L. 26 pr. Depos. (16. 3).

367) Die L. 108 de solut. (46. 3) erklärt ein solches mandatum post mortem für ungültig. Der hier angegebene Grund: quia mandatum morte dissolvitur ist ein rein formalistischer, und in Fällen, wo die Ausführung des Mandats kein Bedenken gegen sich hatte, haben sich die römischen Juristen selber darüber hinweggesetzt, s. z. B. L. 12 §. 17, L. 13 Mand. (17. 1). Der wahre Grund lag darin, daß ein solches Mandat ein verkapptes Legat enthielt, oder wenigstens enthalten konnte. — Der Zweck, nicht die Form des Mandats war es, was die Juristen bestimmte, es in dieser Anwendung für ungültig zu erklären. Verschiedene andere Fälle im Titel de m. c. donat. (39. 6).

368) L. 82 de acq. her. (29. 2).

369) S. die Aeußerung von Tacitus in Note 339 und die von Livius 35, 7 berichtete, sofort im Text mitzutheilende Probe.

Digitized by Google

Frage aufgeworfen, ob die Art, wie man hier und in den übrigen Fällen verfuhr, ſich nicht auf eine gewiſſe Methode zurückführen laſſe, ob nicht gewiſſe Kunſtgriffe und Manipulationen ſich überall wiederholten, und in der That laſſen ſich wenigſtens zwei namhaft machen. Der eine beſtand darin, daß man bei eigener Unfähigkeit die Handlung durch eine fähige Perſon vornehmen ließ.[370] Die alten Wuchergeſetze galten nur für römiſche Bürger, nicht für Bundesgenoſſen: um ihnen zu entgehen, ſchob der Gläubiger zwiſchen ſich und den Schuldner einen Bundesgenoſſen als Scheinanleiher und Scheindarleiher ein. (Note 369.) Einem jungen Manne unter 20 Jahren war durch die lex Aelia Sentia die Freilaſſung ſeiner Sklaven nur aus beſonderen Gründen verſtattet; wo ſie fehlten, mancipirte er den Sklaven einem Andern, der das nöthige Alter hatte und den Akt vornahm.[371] Wer wegen der lex Voconia ſeine Tochter nicht zum Erben einſetzen konnte, ſetzte einen zuverläſſigen Freund ein und trug ihm die Herausgabe der Erbſchaft in Form des Univerſalfideicommiſſes auf. Freilaſſung einer unfreien Perſon durch einen römiſchen Bürger verſchaffte ihr das Bürgerrecht; um letzteres zu gewinnen, ließ man ſich einem römiſchen Bürger als Sklaven verkaufen und ſodann durch ihn freilaſſen,[372]

---

370) „Persona subjecta", L. 2 §. 1 de adm. rer. (50. 8) Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet; auch „interposita", L. 44 [45] Cod. de episc. (1. 3), L. 10 Cod. de distr. pig. (8. 27): per suppositam imaginarii emptoris personam. Viele andere Beweisſtellen in meiner Abh. in meinen Jahrbüchern II. S. 72, 73. Ein bekanntes Beiſpiel einer ſolchen persona subjecta, nur in Anwendung auf einen andern Zweck, liefert die fiduciariſche Eigenthumsübertragung „cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent" Gaj. II. 60, beiſpielsweiſe zu dem Zweck, um eine zu befürchtende Confiscation zu vereiteln.

371) L. 7 §. 1 Qui et a quibus (40. 9), L. 4 de serv. exp. (18. 7). Ebenſo, um den Beſtimmungen der lex Furia Caninia und lex Aelia Sentia über letztwillige Freilaſſungen zu entgehen, L. 27 §. 1 Mand. (17. 1) . . ut post mortem meam manumitteres.

372) Petron. Sat. 57: ipse me dedi in servitutem et malui civis Romanus esse, quam tributarius.

Digitized by Google

ein Schleichweg, oder richtiger: vorübergehend eine wahre Heerstraße, auf der Tausende von Latinern in das römische Bürgerrecht drangen. (Note 343.)

Den zweiten der obigen Kunstgriffe, mit dem ersten theilweise, doch nicht durchweg zusammenfallend, bildet das simulirte Geschäft, bei dem die handelnden Parteien darüber einig sind, daß der Akt, den sie äußerlich vornehmen, für sie keine ernstliche Bedeutung haben soll. Um dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten zu entgehen, führten die Ehegatten eine Scheidung auf,[373]) der, wenn die Schenkung vollzogen, nach einiger Zeit wiederum die Versöhnung folgte, oder sie kleideten die Schenkung in die Form eines Kaufcontractes. Manche dieser simulirten Geschäfte erlangten gewohnheitsrechtliche Gültigkeit und gingen damit in die Kategorie derjenigen Rechtsformen über, die wir im folgenden Paragraphen betrachten wollen: der Scheingeschäfte.

Die Mittel, deren sich die Gesetzgebung diesen Schleichwegen gegenüber bediente, waren nach den Umständen verschieden. Sie bestanden:

1. in dem Verbot der Umgehung, sei es in allgemeiner Fassung, wie es manche Gesetze der spätern Zeit ausdrücklich aussprachen,[374]) sei es mittelst specieller Abschneidung bestimmter einzelner bereits in Uebung gekommener oder leicht vorauszusehender Auswege, — eine Maßregel, zu der die Gesetzgebung sich nicht selten selbst bei solchen Gesetzen, welche mit jener Clausel versehen waren, hinterher noch genöthigt fand.[375])

373) L. 64 de don. i. V. (24. 1).

374) z. B. die lex Furia Caninia Gaj. I. 46.

375) z. B. bei dem oben genannten Gesetz, Gaj. ibid.: sunt etiam specialia SCta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt. Einer der drolligsten Einfälle, um dem genannten Gesetz zu entgehen, welches bei einer Ueberschreitung der gesetzlichen Zahl der im Testament erlaubten Freilassungen die zuerst geschriebenen für gültig, die folgenden für ungültig erklärte, bestand darin, daß man die Freilassungen im Kreise schrieb („in circulo, ut qui prior, qui posterior nominatus sit, non possit agnosci" Gaj. Epit. I. 2 §. 2).

Digitized by Google

2. in der Abnahme eines auf die ernſtliche Abſicht gerichteten Eides Seitens der Obrigkeit.[376])

3. in der Androhung einer Strafe, deren Erfolg vielfach dadurch geſichert ward, daß ſie dem Angeber ganz oder zum Theil als Prämie zugeſichert ward.[377])

Daß übrigens die höchſten politiſchen und geiſtlichen Gewalten nicht ſelten ſelber ſich auf ganz ähnlichen Schleichwegen betreten ließen, iſt von mir bereits bei einer früheren Gelegenheit (I 351) nachgewieſen worden, worauf hier einfach Bezug genommen werden möge. Die dort genannten Beiſpiele, welche noch den Zeiten der Republik angehörten, waren mehr harmloſer Art, Nothlügen ohne ſchlechten Zweck; der Despotismus der Kaiſer aber fügte Fälle hinzu, in denen ſich die äußere Beobachtung des Geſetzes bei frevelhafter Verletzung ſeines Inhalts zu einem teufliſchen Hohn gegen das Recht geſtaltete.[377a])

---

376) So bei der Ehe (Note 344), bei der Freilaſſung des Sklaven im Fall der Note 371, und der Arrogation (Note 344). S. auch Nov. 89 c. 12 §. 1 aut pejerant §. 3 quibusdam ad impietatem aut perjurium praeparatis. In manchen griechiſchen Rechten ward dieſer Eid auch bei Verkäufen von Liegenſchaften angewandt, Franz Hofmann, Beiträge zur Geſchichte des griechiſchen und römiſchen Rechts. Wien 1870 S. 83.

377) So bei dem fideicommissum tacitum, dem Fideicommiß an Peregrinen, der lex Marcia de usuris reddendis (S. 118), der Colluſion im Fall der L. 1 de coll. deteg. (40. 16).

377a) So z. B. Sueton. Tiber. c. 61 . . immaturae puellae, quia more tradito nefas esset virgines strangulari, vitiatae prius a carnifice, deinde strangulatae, was namentlich bei den Chriſtenverfolgungen oft zur Anwendung gebracht ward. Ein Seitenſtück berichtet Casaubonus zu dieſer Stelle: Similis religio triumviros incessit, cum proscriptionis tempore praetextatum quendam, ut posset occidi, jusserunt induere togam virilem, ut narrant Appianus et Dio. In ähnlicher Weiſe erhob man im 15. Jahrhundert in Florenz Bürgerliche, welche gewiſſe ſchwere Verbrechen begangen hatten, in den Stand der Magnaten, um die in den „Ordnungen der Gerechtigkeit" den Magnaten angedrohten ſchweren Strafen auf ſie anwenden zu können. Carl Hegel in der Note 307 angeführten Schrift S. 23.

Digitized by Google

3. Die künstlichen Mittel.

Die Constructionshandlungen. — Die Scheingeschäfte. — Die coemptio fiduciae causa. — Theorie der Scheingeschäfte. — Dogmatische Selbständigkeit derselben. — Adoption zum Zweck der transitio ad plebem und adoptio regia. — Die Fictionen.

LVIII. Wir kehren jetzt zur römischen Jurisprudenz zurück, um den zweiten Theil der oben (S. 246) bezeichneten Aufgabe zu lösen, nämlich die künstlichen Mittel, die sie im Interesse der juristischen Oekonomie in Anwendung gebracht hat, einer Prüfung zu unterwerfen.

Dieselben lassen sich auf drei Classen zurückführen, von denen ich die beiden letzten mit bekannten, die erste aber nur mit einem selbst erfundenen Namen bezeichnen kann: die Constructionshandlungen, die Scheingeschäfte und die Fictionen.

Mit dem erstgenannten Mittel hatte es folgende Bewandtniß. Im Fortgang der Rechtsentwicklung kommt es nicht selten vor, daß die Gesetzgebung sich genöthigt sieht, gewisse rechtliche Wirkungen, deren Hervorbringung bisher rein Sache des freien Beliebens der Parteien war, diesem Belieben zu entziehen und an das bloße Dasein irgend eines Umstandes oder Verhältnisses zu knüpfen. Gewiß würde kein heutiger Gesetzgeber Anstand nehmen, die Neuerung, die er damit materiell einführt, auch formell als solche zum Ausdruck zu bringen, d. h. einfach den Satz auszusprechen: das, was bisher nur auf dem Wege des freien Handelns der Parteien zu erzielen war, tritt jetzt von selbst, ipso jure ein, es bedarf mithin der Handlung nicht mehr. Ganz anders die Römer. Sie suchen die Neuerung formell dem bestehenden Recht anzuschließen, indem sie die bisherige Regel, daß jene Wirkung nur in dem Handeln der Person ihren Grund habe, beibehalten, dagegen aber die Person zwingen, diese Handlung vorzunehmen. In Wirklichkeit ist hier das bisherige Abhängigkeitsverhältniß der betreffenden Rechtswirkung vom Willen des Subjects aufgehoben, aber der Form nach ist es gerettet — die Wirkung tritt nach wie vor nur ein, wenn das

Digitized by Google

Subject sie *will*, aber freilich es ist dafür gesorgt, daß das Subject sie wollen *muß*. Solche Handlungen nun, die lediglich im Interesse der juristischen Construction, um den bisherigen Rechtsmechanismus beizubehalten, erzwungen und vorgenommen werden, nenne ich *Constructionshandlungen* — es ist rein das Interesse der juristischen Construction, dem sie ihre Beibehaltung verdanken, im Grunde sind sie bloße Scheinhandlungen. Das römische Recht kennt dieselben in großer Menge; einige Beispiele werden zur Veranschaulichung des Verhältnisses genügen.

Das SC. Pegasianum zwang den mit einem Universalfideicommiß belasteten Erben bei grundloser Weigerung zur Antretung und Restitution der Erbschaft — ein reiner Scheinakt, der nicht die geringsten Wirkungen für ihn hatte, weder vortheilhafte, noch nachtheilige. Der legislative Zweck, der jenem Senatsbeschluß vorschwebte, war Unabhängigkeit des Universalfideicommisses vom Belieben des bloß als Rechtsträger (S. 222) vorgeschobenen Erben. Für diesen Zweck waren verschiedene Formen denkbar, die einfachste und natürlichste wäre die gewesen, daß man die fideicommissarische Substitution im Fall grundloser Weigerung des Erben in Ergänzung des muthmaßlichen Willens des Erblassers in eine directe verwandelt, d. h. den Fideicommissar als eventuell eingesetzten Erben behandelt hätte. Die spätere römische Jurisprudenz würde vor dieser Behandlungsweise schwerlich zurückgeschreckt sein, wenigstens hat sie keinen Anstand genommen, die beiden Formen der Substitution in doppelter Weise mit einander zu vertauschen, eine ungültige directe Substitution als gültige fideicommissarische aufrecht zu erhalten und umgekehrt.[378]) Allein zu der Zeit, in welche jenes Senatsconsult fiel, war die Jurisprudenz noch nicht bis zu dieser Freiheit der Auffassungsweise vorgeschritten. Als eine zweite der juristischen Technik der damaligen Zeit weniger widerstrebende Form hätte sich die gesetzliche Aufstellung der Fiction dargeboten,

378) Die fideicommissarische gegen die directe: L. 13 §. 4, L. 14 de test. mil. (29. 1), die directe gegen die fideicommissarische: L. 78 ad. SC. Treb. (36. 1), L. 15 de subst. (28. 6), L. 41 pr. de test. mil. (29. 1).

Digitized by Google

daß die grundlose Weigerung des Erben als Antretung und Restitution der Erbschaft angesehen werden solle. Wenn das Gesetz diese Form verschmähte und statt deren die oben angegebene wählte, so lag der Grund davon darin, daß dieser Weg sich in der That am engsten an das bisherige Recht anschloß, indem er an dem alten Satz, daß es der Antretung der Erbschaft bedürfe, um Erbe zu werden, nichts änderte.[379]) Daß der Erbe hier ein reiner Figurant war, ich möchte sagen: lediglich als Constructionsapparat verwandt ward, um die Gültigkeit des Universalfideicommisses zu retten, wird keiner Ausführung bedürfen.[379a])

Die cautio rem pupilli salvam fore verpflichtete den Tutor und seine Bürgen für alle Ansprüche aus seiner „Geschäftsführung"; enthielt er sich derselben, so hafteten weder er, noch die Bürgen. Das war eine fühlbare Lücke. Heutzutage würden wir dieselbe einfach dadurch ausfüllen, daß wir an Stelle der „Geschäftsführung" die „Tutel" setzten, also das bestehende Recht ändern würden. Anders die Römer. Sie erhalten den Satz selber dadurch aufrecht, daß sie den Tutor zwingen, eine Administrationshandlung vorzunehmen.[380])

Derselbe Weg ist von der römischen Jurisprudenz in unzähligen andern Fällen eingeschlagen. Der obrigkeitliche Zwang zur Vornahme einer Handlung diente den Römern als eins der wirksamsten

379) Im übrigen war dieser Weg freilich kein ganz glücklicher. Denn wie, wenn der Fiduciar vorher verstarb? wenn er im Ausland war? wenn er sich absichtlich nicht betreffen ließ? Die römische Jurisprudenz wußte sich hier nicht Raths, wenigstens dauerten die Zweifel bis auf Justinian (L. 7 §. 1 Cod. ad. SC. Trebell. 6. 49) fort, und Ulpian sah, wie letzterer berichtet, in dieser Verlegenheit keinen andern Ausweg, als den einer gesetzlichen Bestimmung, die denn Justinian in der That in der angegebenen Stelle dahin traf, daß in diesen Fällen „ipso jure actiones utiles transferantur".

379a) Darum war es ganz consequent von Justinian, wenn er in der citirten L. 7 pr. auch den Curator eines Wahnsinnigen zur Antretung der Erbschaft verpflichtete, während derselbe sonst nur eine Bon. Poss. nachsuchen kann.

380) L. 4 §. 3 Rem pup. (46. 6) . . compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri.

Digitized by Google

Mittel der juristischen Construction. Die Wendung: compellendus est a Praetore, a judice, die so oft in den Quellen wiederkehrt, ist überall der Ausdruck für ein der Freiheit des Subjects entzogenes Verhältniß, bei dem nur in Anschluß an das frühere Recht die bloße Form der Freiheit: das Handeln der Person äußerlich beibehalten wird. Seitdem man angefangen hatte, den Geschlechtsvormund in gewissen Fällen zur Ertheilung seiner Auctoritas zu zwingen, hatte man dies Erforderniß in Wirklichkeit umgangen, und es war daher ganz zutreffend, wenn Gajus eine derartige Auctoritas für einen reinen Scheinakt erklärte.[381]) Man hätte ebenso gut den Satz aussprechen können: für die und die Geschäfte sind die Frauenzimmer fortan von der Tutel befreit; daß man es nicht that, charakterisirt eben die eigenthümliche Weise der römischen Technik im Gegensatz zu unserer heutigen.

Es wäre eine dankenswerthe Aufgabe, an der Hand dieses Gedankens alle Verhältnisse des öffentlichen und Privatrechts einer Durchsicht zu unterziehen, an reicher Ausbeute würde es nicht fehlen.[382]) Für meine Zwecke genügt es, wenn ich den Gedanken selber und dessen Bedeutung für unsern gegenwärtigen Gesichtspunkt in das richtige Licht gesetzt habe. Daß das Mittel ein künstliches war, daß mit dem gegen die Personen gerichteten Zwange

381) Gaj. I. 190.. in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

382) So z. B. im öffentlichen Recht: die lex Maenia über die Ertheilung der auctoritas patrum — ein würdiges Seitenstück zu der obigen auctoritas des Tutor — der Zwang zur Abdication des Magistrats; im Proceß: die Klage mit Vorbehalt der Compensation (S. 80: cogitur, jubetur), der Verzicht auf die dem Kläger sonst noch zuständige, auf denselben Zweck gerichtete Klage (Vorläufer der exc. doli bei der Concurrenz der Klagen), L. 9 pr. de novat. (46. 2), L. 10 §. 1 de pact. (2. 14) Vorbehalt zukünftiger Ansprüche im Proceß (S. 249), Theilung der Klage Gaj. III. 122, Zwang des Procurators L. 8 §. 3 seq. de proc. (3. 3); im Familienrecht: Aufhebung der manus bei der Ehescheidung. Gaj. I. 137a. Consens zur Ehe der Kinder L. 19 de R. N. (23. 2), der Fall der L. 9 §. 1 de J. D. (23. 3); im Obligationenrecht: Cessionszwang (Vorläufer der act. utilis, L. 1 §. 13 de tut. et rat. 27. 3, L. 57 de leg. 1. 30) und unzählige andere Fälle.

Digitized by Google

auch den Rechtsbegriffen Zwang geschah, wird aus dem Bisherigen erhellen. In den meisten Fällen waren die erzwungenen Handlungen von den Scheingeschäften, denen wir uns jetzt zuwenden, wenig verschieden.

Den Scheingeschäften haben wir bei einer früheren Gelegenheit (III 528 fl.) unsere Aufmerksamkeit zugewandt, der dort angelegte Gesichtspunkt des Formalismus war jedoch keineswegs ausreichend, um die Bedeutung, die ihnen für die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts zukommt, zu erschöpfen. An gegenwärtiger Stelle betrachten wir sie vom Standpunkt der juristischen Technik aus als Mittel für die Zwecke der juristischen Oekonomie. Von den dort genannten zwei Arten der Scheingeschäfte: den originären und residuären scheiden daher die letzteren, als jeglicher technischer Bedeutung baar, von unserer Betrachtung aus; sie sind nichts als abgestorbene Stücke des früheren Rechts, denen nur die historische Vis inertiä ein äußerliches Scheindasein gefristet hat. Der Ausdruck: Scheingeschäft bezieht sich daher im Folgenden lediglich auf die erstgenannte Art.

Das Scheingeschäft in diesem engeren Sinne hat eine große Aehnlichkeit mit gewissen Scheinhandlungen des gewöhnlichen Lebens, die ich früher mit dem Ausdruck: simulirte Geschäfte bezeichnet habe.[383]). Bei beiden ist der vorgenannte Akt ein reiner Scheinakt, dem die innere Absicht nicht entspricht, aber die Scheingeschäfte sind Rechtsformen, wie alle andern, nur mit eigenthümlich zugeschnittener Form, die simulirten Geschäfte hingegen sind einzelne Handlungen, jene gehören dem Rechte an, haben eine abstracte, diese lediglich eine concrete Existenz. Ein fernerer Unterschied ist der, daß jedes simulirte Geschäft eine Täuschung beabsichtigt. Die wahre Gestalt des Geschäfts soll

383) Bei der sachlichen Verschiedenheit beider sind auch verschiedene Namen nöthig — ein Bedürfniß, das die Römer freilich nicht gefühlt haben, indem sie für beide dieselben Ausdrücke: imaginarius (bei Liv. 41, 8; imagines juris), simulatus, fictus, dicis causa u. a. benutzen, s. das Material bei Dirksen Manuale latinitatis etc. unter den genannten Worten.

Digitized by Google

den Blicken Dritter oder der Obrigkeit entzogen werden, zu dem Ende hängt man ihm ein falsches Gewand um, z. B. der Schenkung das des Kaufs. Der Zweck dieser Täuschung kann in der Verhüllung eines *rechtswidrigen* Handelns bestehen, er kann aber auch lediglich dahin gehen, ein durchaus erlaubtes Geschäft vor der unberufenen Neugierde unbetheiligter Dritter sicher zu stellen. Auf eine solche Verschleierung ist es bei dem *Scheingeschäft* durchaus nicht abgesehen. Jeder weiß, was es bedeutet, auch die Obrigkeit, wo sie, wie z. B. bei der römischen in jure cessio, ihre Hand dazu bietet. Es verhält sich mit dem Gegensatz ebenso wie mit den recipirten Höflichkeitsphrasen, z. B. dem „gehorsamen Diener", die Niemanden über ihren Sinn zu täuschen vermögen, und falschen, heuchlerischen Zusicherungen, Betheuerungen; letztere sind auf Täuschung berechnet.

Die Function des Scheingeschäfts ist eine rein technische: Erreichung eines vom Recht selber gebilligten Zweckes durch eine etwas gewaltsame Anwendung der vorhandenen Mittel, — die Scheingeschäfte waren *juristische Nothlügen*. Allerdings mögen manche derselben aus ursprünglich simulirten Geschäften des Lebens hervorgegangen sein, wie ja auch das Gewohnheitsrecht sich auf Grundlage einzelner Handlungen bildet und unsere currenten, heutzutage gänzlich abgegriffenen und bedeutungslosen Höflichkeitsphrasen ursprünglich als Ausdrucksmittel einer wirklichen oder angeblichen Gesinnung dienen sollen. Als zuerst eine Frau auf die Idee kam, eine Scheinehe einzugehen, um einen der Zwecke zu erzielen, zu denen die coemptio fiduciae causa diente (s. u.), war dies ein *simulirtes* Geschäft;[383a]) als die Einschlagung

---

383a]) Wenn *Karlowa*, Die Formen der römischen Ehe und Manus, Bonn 1868 S. 89 diese Bezeichnung nicht zutreffend findet, in dem obigen Fall vielmehr das von mir (III 528) constatirte Verhältniß eines ethischen Mißbrauchs eines Rechtsinstituts erblicken will, so kann ich meinerseits mich unmöglich zu der Annahme verstehen, daß eine römische Frau in einem solchen Fall geneigt gewesen sein dürfte, ihrem Gatten in partibus infidelium die Rechte eines wirklichen Ehemannes zuzugestehen, bin vielmehr der Ueberzeu-

Digitized by Google

dieses Weges allgemein geworden und gewohnheitsrechtliche Sanction erhalten hatte, war es ein Scheingeschäft. Aber durch diese historische Berührung beider, die sich übrigens auch nicht bei allen wiederholt, wird ihr begrifflicher Unterschied eben so wenig alterirt, als der zwischen einer bloßen Gewohnheit und einem Gewohnheitsrecht, dadurch, daß manche Gewohnheit im Laufe der Zeit zu einem Gewohnheitsrechte führt. Praktisch äusserte sich diese Verschiedenheit darin, daß ein simulirtes Geschäft, wenn es von einer der Parteien angefochten ward, vom Richter für nichtig erklärt werden mußte, während das Scheingeschäft vermöge der gewohnheitsrechtlichen Sanction, die es erhalten hatte, unanfechtbar blieb.

Der Verlauf unseres Werkes hat uns bereits mannigfache Beispiele der Scheingeschäfte und damit einen Theil des Materials geliefert, dessen wir für die folgende Untersuchung benöthigen. Dahin gehören: die mancipatio (III 538 fl.), selbst in Anwendung auf ihren ursprünglichen Anwendungskreis: die res mancipi, ein Scheingeschäft, in Anwendung auf das Testament aber ein Scheingeschäft in zweiter Potenz (daselbst 533); die Hingabe des Hauskindes ins Mancipium zur Vorbereitung der Emancipation und Adoption (II 86); die in jure cessio (II 184 fl.) und die sponsio praejudicialis (III 552). Außerdem verdienen noch genannt zu werden das nexum und die nexi liberatio, d. i. die Begründung und Aufhebung einer Geldschuld durch eine solenne, vor fünf Zeugen und dem Libripens vorgenommene Scheinzahlung,[384] die coemptio fiduciae causa und zwei problematische Fälle der Scheinadoption. Die Betrachtung der letzteren setze ich aus, bis uns die folgende Untersuchung einen sicheren Maßstab für die Beurtheilung ihrer Scheingeschäftsnatur verschafft hat, dagegen

---

gung, daß beide Theile im voraus darüber einverstanden waren, daß hier nur eine bloße Comödie gespielt werden sollte.

384) Gelegentlich bereits berührt, III 543, 627, bei der Geschichte des römischen Obligationsbegriffs werde ich auf sie zurückkommen.

Digitized by Google

schalte ich, um diesen Zweck zu fördern, die coemptio fiduciae causa, bereits an dieser Stelle ein.

Dieselbe ist sicherlich eins der jüngsten Scheingeschäfte, denn die Zwecke, derentwegen die Frauenwelt Roms sich ihrer bediente: Befreiung von den sacris, Wechsel des Geschlechtsvormundes und Erlangung der Testirbefugniß weisen unverkennbar einerseits auf die Zeiten des Verfalls der religiösen Einrichtungen und andererseits auf die Periode der socialen Emancipation des weiblichen Geschlechts hin. Das Geschäft bestand aus drei Akten: 1. der coemptio fiduciae causa, wonach das ganze Geschäft seinen Namen hatte, d. h. Eingehung einer Manus-Ehe in der gewöhnlichen Form der coemptio, mit der Nebenberedung der Remancipation, — 2. der remancipatio fiduciae causa, d. h. dem Verkauf der Frau ins Mancipium mit der Nebenberedung der Freilassung — und 3. dieser Freilassung selber.

Mit obigen drei Zwecken, und zwar zunächst mit dem ersten, der Befreiung von den sacris, hat es folgende Bewandtniß.[385]) Die Ehefrau übertrug, indem sie in die Manus des Mannes trat, auf ihn ihre sacra, die bei letzterem auch dann verblieben, wenn die Frau in Folge einer capitis deminutio aus diesem Verhältniß schied, mit seinem Tode aber, wir wissen nicht, ob erloschen oder auf die Erben übergingen. Jedenfalls war ersteres dann der Fall, wenn der Nachlaß keinen Erben fand. Damit war in der Zeit der Frivolität, als man die sacra nur noch unter dem Gesichtspunkt einer Last betrachtete, den Frauenzimmern der Weg gewiesen, wie sie sich mit verhältnißmäßig geringen Unkosten von dieser Last zeitlebens befreien konnten. Sie verschafften sich als Coemptionator einen decrepiden Greis, der schon mit einem Fuß im Grabe stand, und dem sie außer der vereinbarten Vergütung für diesen Dienst noch die nöthigen Mittel zur Bestreitung der sacra bis zu seinem Lebensende vorstreckten, wenn er nicht etwa wegen notori-

385) Cic. pro Murena 12. Savigny über die juristische Behandlung der sacra privata in Verm. Schriften I. S. 180 ff. (erster Abdruck: Zeitschr. f. gesch. R. W. II. S. 387 ff.).

Digitized by Google

scher Armuth oder Gebrechlichkeit die Erfüllung der Verpflichtung einfach von sich abzulehnen im Stande war. Am billigsten kam die Frau dazu, wenn sie sich auf dem Sklavenmarkt im eigentlichen Sinne des Wortes einen solchen sacralen Lastträger kaufte; sie ließ ihn frei und führte mit ihm als ihrem Freigelassenen, dem sie keine guten Worte und kein Geld zu geben brauchte,[386] die obige Farce auf. Ein Todeskandidat, wie sie ihn nöthig hatte, war für wenig Geld zu haben, die Verwendung für diese Rolle eines „senex coemptionalis" war die einzige, für die er noch zu gebrauchen war. Niemand machte der Frau Concurrenz.[387]

Die Geschlechtsvormundschaft der Agnaten hatte bekanntlich den ausgesprochenen Zweck, dieselben zu Wächtern über das Ver-

386) Das civile Seitenstück zu diesem sacralen Lastträger ist der von seinem Herrn in der Absicht, um nach seinem Tode auf ihn den Schimpf des Concurses abzuladen, zum Erben eingesetzte eigene oder zu dem Zweck ebenfalls erst gekaufte Sklave. Gaj. II. 154.

387) In dieser Weise vereinigen sich meiner Ansicht nach die „senes ad coemptiones faciendas reperti" bei Cic. pro Murena 12 mit den als Sklaven gedachten „senes coemptionales" bei Cic. ad fam. VII. 29 und Plaut. Bach. IV. 9, 52 — eine Vereinigung, deren Möglichkeit Savigny a. a. O. S. 181 schwerlich vorgeschwebt haben wird, als er den Gedanken, beide Arten von senes auf denselben Zweck zu beziehen, so entschieden verwarf. Die „senes coemptionales" sollen „alte unbrauchbare" Sklaven gewesen sein, die man „in größerer Anzahl" gekauft oder sie bei dem Kauf eines jungen mit in den Kauf gegeben habe. Es wird nicht nöthig sein, das Unhaltbare dieser mit einer völlig unerfindlichen Bedeutung von „coemptionalis" (co — emere = zusammen kaufen) operirenden Erklärung nachzuweisen, es genüge die einfache Frage: wozu hätte Jemand solche Invaliden in größerer Anzahl kaufen sollen? Etwa um ein Spital anzulegen und sie bis an ihr seliges Ende zu füttern und dann begraben zu lassen? Die einzige Brauchbarkeit und damit der einzige Handelswerth, den solche decrepide Individuen denkbarer Weise haben konnten, war der als senes coemptionales in dem von mir im Text entwickelten Sinn. Die diesen senes von Manchen beigelegte symbolische Bedeutung (um die mangelnde Ernstlichkeit der Ehe anzudeuten) verträgt sich als accessorischer Zweck sehr wohl damit, aber er kann nicht der principale gewesen sein, letzterer kann nur in dem von mir hervorgehobenen praktischen Gesichtspunkt des geringen Kaufwerths des senex coemptionalis gefunden werden.

Digitized by Google

mögen der Frau zu bestellen, und dadurch ihnen das Mittel zu gewähren, ihre eventuellen Erbansprüche selber zu sichern. Eine solche Einrichtung, die der Frau thatsächlich die Stellung einer bloßen Nießbraucherin anwies, hatte für die Auffassung der alten Zeit nichts Widerstrebendes, mit den freien Ideen der spätern Zeit vertrug sie sich nicht. Die Form, in der letztere ihre Opposition dagegen praktisch bethätigte und die endliche Aufhebung des Instituts unter Claudius vorbereitete, war die von Cicero [388]) als eine Erfindung der Juristen bezeichnete Coemptio zum Zweck des Wechsels der Tutel.[389]) Die Anlage derselben beruhte darauf, daß durch die mit der coemptio verbundene capitis deminutio die legitima tutela der Agnaten unterging, und daß der, welcher eine eines Tutors bedürftige Person aus dem Mancipium freiließ, als Quasipatron ihr Vormund ward. Die stillschweigende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit war die nöthigenfalls durch Zwang zu realisirende Verpflichtung der Agnaten zur Ertheilung der Auctoritas bei einer Manusehe ihrer Pflegebefohlenen.[390]) Ohne diese Voraussetzung würde das Mittel, um an Stelle des unbequemen Agnaten einen gefügigen andern Vormund zu gewähren, nur dann zum Ziel geführt haben, wenn jener selber damit einverstanden gewesen wäre, für diesen Fall aber gab es eine ein-

---

388) Cic. pro Mur. 12 . . hi invenerunt genera tutorum, qui potestate mulierum continerentur.

389) Rudorff, Das Recht der Vormundschaft B. 1 S. 231—234.

390) Ob schon nach älterem Recht, darüber s. II. 189. Die coemptio testamenti faciendi gratia macht ganz dieselbe Voraussetzung nöthig. Welcher Agnat würde freiwillig seine Zustimmung zu einem Akt ertheilt haben, dessen ausgesprochener Zweck es war, ihn seines Intestaterbrechts zu berauben? Zu den Fällen, wo nach Gaj. I. 190 der Geschlechtstutor saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur, wird auch die coemptio fiduciae causa gehört haben. — Eine abweichende Ansicht ist jetzt von Karlowa a. a. O. S. 102 fl. aufgestellt, allein gerade der „plötzliche schneidende Eingriff der lex Claudia", den seine Auffassung genöthigt ist anzunehmen, hat mich zu der meinigen geführt, welche diese Maßregel allmählich im Leben sich vorbereiten läßt, s. Note 392, 393.

Digitized by Google

fachere Form: die in jure cessio der tutela legitima.[391]) Der Hergang war ganz der oben beschriebene, die einzige Abweichung bestand darin, daß der Nachdruck des Geschäfts hier nicht auf der Person des Coemptionators, sondern auf der des Dritten ruhte, welcher die Frau freilassen und dadurch ihr Vormund werden sollte. Daß die Frau sich zu dieser Rolle eine solche Persönlichkeit aussuchte, deren sie sich in allen Dingen versichert halten konnte, bedarf ebensowenig der Bemerkung, als daß schon die bloße Androhung jenes Aktes ausreichen konnte, um einen starrsinnigen Agnaten geschmeidiger zu machen oder ihn zur Cession der Tutel an die von der Frau gewünschte Person zu bestimmen.

Der Nachlaß einer Frau, die in ihrer ursprünglichen oder der angeheiratheten Familie verblieben war, fiel ihren Verwandten zu und konnte ihnen durch Testament nicht entzogen werden, selbst dann nicht, als mit dem Aufkommen des testamentum per aes et libram das formelle Hinderniß, das dem Testament der Frau bis dahin entgegengestanden hatte, beseitigt worden war. Dieselbe Rücksicht aber, welche dieser Beschränkung und zugleich der Geschlechtsvormundschaft der Agnaten zu Grunde lag: die Erhaltung des Vermögens im Mannsstamm, brachte es mit sich, einer Frau, die durch capitis deminutio aus dem Verbande ihrer Familie geschieden und sui juris geworden war, umgekehrt das Recht der Testamentserrichtung einzuräumen, um ihr dadurch das Mittel zu gewähren, ihren Nachlaß an ihre ursprünglichen Verwandten zurückzuführen. An diesen Satz: daß eine derartige capitis deminutio der Frau das Recht der Testamentserrichtung verschaffe, knüpfte man an, als man auch jene dem weiblichen Geschlecht gezogene Schranke beseitigen wollte. Es kam darauf an, die Frau in ein Scheinmancipium zu bringen, um damit die Freilassung derselben zu ermöglichen. Da aber eine gewaltfreie Person weder sich selber ins Mancipium geben, noch auch durch ihre Tutoren hineingebracht werden konnte, so bedurfte es zu dem Ende des

391) Ulp. XI. 6—8.

Digitized by Google

Durchganges durch eins der Gewaltverhältniſſe, mit denen das Recht des Verkaufs ins Mancipium verbunden war, die manus oder die väterliche Gewalt, und da wiederum eine Arrogation von Frauenzimmern, ganz abgeſehen von der Form ihrer Vornahme, aus ſachlichen Gründen ausgeſchloſſen war, indem die Frau den Familiennamen nicht fortpflanzen konnte, ſo blieb lediglich die manus, d. i. die Scheinehe übrig. Mittelſt dieſer Benutzung eines den Intereſſen der Verwandten urſprünglich eher günſtigen als nachtheiligen Satzes zu dem gerade entgegengeſetzten Zweck war der Erbrechtszwang derſelben nach dem, was oben über die Nothwendigkeit der Ertheilung der tutoris auctoritas geſagt iſt, praktiſch ſo gut wie beſeitigt. Es begreift ſich, daß die Agnatentutel, nachdem ſie ihren ganzen Werth als Sicherungsmittel des agnatiſchen Erbrechts eingebüßt hatte, ſchließlich durch Claudius gänzlich aufgehoben ward; [392]) ein Senatusconſult unter Hadrian that dasſelbe rückſichtlich der coemptio testamenti faciendi gratia. [393])

Ueber den hiſtoriſchen Urſprung der Scheingeſchäfte iſt neuerdings eine Anſicht [394]) aufgeſtellt, die ich nicht für richtig halte. Das Scheingeſchäft ſoll gleich der Fiction zuerſt auf dem Gebiete des religiöſen Cultus und geiſtlichen Rechts aufgetaucht und von dort auf das des profanen Rechts übertragen ſein. Die dafür beigebrachten poſitiven Zeugniſſe beweiſen lediglich, was wir bereits wußten und was von Niemanden mehr als von mir betont worden iſt (I 351, III 399), nämlich daß, ſo wie die ganze Methode der Behandlung, ſo auch die Scheingeſchäfte und Fictionen ſich auf beiden Gebieten wiederholten, in keiner Weiſe aber, daß dieſelben auf einem der beiden Gebiete früher zum Vorſchein

392) Gaj. I. 171.

393) Gaj. I. 115a.

394) Demelius, Die Rechtsfiction in ihrer geſchichtlichen und dogmatiſchen Bedeutung. Weimar 1858. §. 1—4. Der Verf. ſtellt zwar ſeine Anſicht nur für die Fictionen auf, die Beiſpiele aber, mit denen er ſie belegt, ſind größtentheils Scheingeſchäfte.

Digitized by Google

gekommen seien, als auf dem andern. Allgemeine Gründe unterstützen das angenommene Prioritätsverhältniß so wenig, daß sie eher für das Gegentheil sprechen dürften. Beide, die Scheingeschäfte wie die Fictionen, sind die einer gewissen Culturepoche eigenthümlichen Formen des Fortschritts. Niemand aber wird doch wohl darüber in Zweifel sein, daß das profane Recht dem Fortschritt[395]) ungleich zugänglicher war, als das geistliche, daß also, wenn eins von beiden zuerst die Formen ausgebildet haben soll, in denen derselbe stattfand, dies nur das profane Recht gewesen sein kann. Es gilt von dieser Ansicht ganz dasselbe, was ich früher (III 660) von einer ganz verwandten gesagt habe, die den Ursprung der Legisactionen in dieselbe Region versetzt; beide begehen den Fehler, daß sie für eine Erscheinung von allgemein culturhistorischer Nothwendigkeit noch eine äußere, nur für Rom zutreffende Erklärung für nöthig halten. Die Scheingeschäfte und Fictionen sind ebensowenig wie die starren Formeln des Processes etwas dem römischen Rechte Eigenthümliches, sie wiederholen sich auf einer gewissen Culturstufe überall, wofür insbesondere die Geschichte des englischen Rechts die lehrreichsten Beispiele liefert; mit Zurücklegung derselben sterben sie mehr und mehr ab, bis sie sich endlich völlig verlieren.

Diese Wahrnehmung muß die Ueberzeugung in uns hervorrufen, daß nicht die Frage nach dem Ursprung, der äußeren historischen Entstehung, sondern die nach dem Grunde der Scheingeschäfte die eigentlich entscheidende ist. Mögen immerhin manche derselben der Absicht der Umgehung unbequemer Gesetze ihren Ursprung verdankt haben, also aus ursprünglich simulirten

395) Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung S. 7: „Nicht genug daß sich die Formeln des geistlichen Rechts vor allen anderen Formularen am längsten in ihrer alterthümlichen Gestalt und Bedeutung erhalten und am wenigsten eine spätere Beimischung von fremdartigem Stoff zu erdulden gehabt hatten; dieselben scheinen auch in ihrer ersten Begründung so wie bei fortschreitender Entwicklung nicht eben dem Einfluß äußerer Umstände ausgesetzt gewesen zu sein."

Digitized by Google

Geschäften des Lebens hervorgegangen sein, die sich erst auf dem langsamen Wege gewohnheitsrechtlicher Bildung zum Range rechtlich anerkannter Geschäftsformen erhoben, andere sofort als solche von der Jurisprudenz ins Leben gerufen worden sein, darauf kommt Nichts an. In beiden Fällen wirft sich gleichmäßig die Frage auf, was die Jurisprudenz zur Billigung oder Aufstellung so seltsamer Formen veranlassen konnte. Von dem von uns gewonnenen Standpunkt aus kann die Antwort auf diese Frage nicht zweifelhaft sein. Die Scheingeschäfte waren nur eins der vielen Mittel, welche die römischen Juristen anwandten, um neu auftauchende Bedürfnisse des Lebens mit den vorhandenen Mitteln zu befriedigen. Der Vorwurf, den Cicero, der sich auch diesen bequemen Stoff, die Jurisprudenz vor dem großen Haufen herabzusetzen, nicht entgehen ließ, den Juristen macht: sie hätten mittelst der Scheingeschäfte das ältere Recht fraudulöser Weise umgangen,[395a]) wird keiner ernstlichen Widerlegung bedürfen, zum Ueberfluß verweise ich auf das, was ich bereits früher (III Note 636) dagegen bemerkt habe.

Der einzige Punkt, der uns zu einem genaueren Eingehen Veranlassung darbietet, ist der praktische Mechanismus des Scheingeschäfts.

Ich habe früher die „künstlichen Mittel" der juristischen Oekonomie als solche bezeichnet, bei denen dem Rechtsbegriff Gewalt angethan, bei denen er in widernatürlicher Weise gespannt, verrenkt werde. Bei dem Scheingeschäft besteht diese Spannung darin, daß, um gewisse Wirkungen, auf die es abgesehen ist, zu erzielen, ein anderes Geschäft oder Verhältniß, in welchem dieselben als einzelne Momente des gesammten Inhalts, sei es als Zweck, oder als bloße Folge und gar als Strafe enthalten sind, in der Weise verwendet wird, daß lediglich diese einzelne Wirkung herausgegriffen wird, während man die

395a) Cic. pro Murena 12. Dieser Vorwurf reiht sich dem Urtheil Cicero's über das Formelwesen, die Wortinterpretation (III. Note 610 und 612) und die Fictionen (s. u.) würdig an.

Digitized by Google

übrigen als unbrauchbar fallen läßt. Es ist derselbe Kunstgriff, den wir bereits bei so manchen der im §. 57 genannten Fälle haben kennen lernen: um aus der Kette: a—x bloß ein einziges Glied zu gewinnen, nimmt man die ganze Kette und wirft alles Andere bis auf dies einzige Glied fort.

An die Ehe hatte die lex Julia und Papia Poppaea gewisse Vortheile geknüpft. Um dieser einen Wirkung theilhaftig zu werden, ging man eine Ehe ein, bei der beide Theile darüber einverstanden waren, daß alle übrigen Wirkungen ausgeschlossen sein sollten. In derselben Weise verfuhr man bei der coemptio fiduciae causa. Wie weit jene Möglichkeit der Auslösung einer einzelnen Wirkung gerade bei ihr reichte, beweist am besten der Umstand, daß die drei Zwecke, für welche sie verwandt ward, als drei verschiedene Anwendungsfälle oder Arten derselben bezeichnet werden, woraus hervorgeht, daß jeder derselben selbständig ohne die anderen erreicht werden konnte. Eine Frau mochte den Wunsch hegen, einen andern Geschlechtsvormund zu erhalten oder ein Testament zu errichten, aber sie war keineswegs gewillt, ihre sacra aufzugeben. Wären nothwendigerweise sämmtliche Wirkungen der coemptio eingetreten, so hätte sie das Eine ohne das Andere gar nicht gekonnt. Das Recht legte ihr kein Hinderniß in den Weg, es erkannte dem Rechtsgeschäft lediglich die eine beabsichtigte Wirkung bei, und gerade auf dieser lediglich partikulären Wirksamkeit beruhte der Begriff des Scheingeschäfts.

Der Richter, der über einen bedingten Anspruch ein Urtheil fällt, erkennt damit zugleich über die Existenz der Bedingung. Diesen letzteren Punkt greift die sponsio praejudicialis heraus, um in Form des bedingten Geldversprechens irgend eine Frage indirect zur richterlichen Beurtheilung zu bringen. Die Wirkung des Urtheils beschränkt sich auf Feststellung dieser Frage, der directe Inhalt desselben: die Verurtheilung auf die versprochene Summe hat keine praktische Folge, der Betrag kann nicht eingeklagt werden.

Dem ältesten Recht war die Entlassung der Kinder aus der

Digitized by Google

väterlichen Gewalt fremd. Nur wenn der Vater den Sohn drei Mal, Tochter und Enkel ein Mal ins Mancipium gegeben hatte, sollten sie für immer frei von ihm werden — eine Bestimmung, die vom Gesetz wenn nicht als Strafe, jedenfalls aber als eine den Kindern vortheilhafte, dem Vater nachtheilige und von ihm nichts weniger als beabsichtigte Folge gemeint war. Diese Folge ergreift die Emancipation als Zweck, indem sie, um die Befreiung des Kindes zu vermitteln, das Kind durch das Mancipium hindurchführt. Von den Wirkungen des Mancipiums sollte aber bloß die eine: die damit verknüpfte Möglichkeit der Freilassung eintreten; der Fiduciar, der das Kind zu Dienstleistungen hätte zwingen wollen, würde ebensowenig rechtlichen Schutz gefunden haben, als der Sieger bei der sponsio praejudicialis, wenn er die versprochene Summe hätte einklagen wollen. In einer anderen Richtung war freilich diese Isolirungsidee bei der Emancipation weniger verwerthet, als in den beiden obigen Fällen, insbesondere bei der coemptio fiduciae causa. Während bei letzterer die Frau, um die eine der drei Wirkungen zu erzielen, nicht nöthig hatte, die beiden anderen mit in den Kauf zu nehmen, traten bei der Emancipation sämmtliche Wirkungen ein, selbst wenn sie über die Absicht der Parteien weit hinausgingen, wie dies regelmäßig mit dem Verlust des civilen Erbrechts der Fall gewesen sein wird. Eine Emancipation lediglich für einen speciellen Zweck nach Art der coemptio fiduciae causa gab es nicht. Was mag Ursache gewesen sein, daß erstere hinter letzterer so weit zurückgeblieben ist? Ist es der Umstand, daß letztere aus einer Zeit stammt, wo man die Scheingeschäfte bereits mit größerer Freiheit behandelte? Mehr Wahrscheinlichkeit hat mir ein anderer Grund. Wer durch die Emancipation dem Kinde bloß die selbständige Stellung eines homo sui juris einräumen wollte, ohne dasselbe seines Erbrechts zu berauben, hatte im Testament das Mittel in Händen, das durch die capitis deminutio verloren gegangene Intestaterbrecht in anderer Form wieder zu gewähren. In Ergänzung des muth-

Digitized by Google

maßlichen Willens des Vaters gab, wenn die Benutzung dieses Mittels versäumt war, später der Prätor dem emancipirten Kinde eine Bonorum Possessio, die also der technischen Unbeholfenheit der Emancipation nachhalf, indem sie letztere auf diejenige Wirkung beschränkte, die in den bei weitem meisten Fällen die allein beabsichtigte war: die Verleihung der Stellung eines homo sui juris.

Die Spannung bei der Emancipation äußerte sich demnach nicht sowohl in ihren *Wirkungen*, als in der *Art*, wie dieselben *erzielt* wurden: in der Erfassung einer *Strafe* als *Zweck* und der Verwendung des *Mancipiums* lediglich zur Erzeugung einer *einzelnen* Wirkung. Dasselbe wiederholt sich bei einigen andern Scheingeschäften. Die mancipatio, das nexum, die in jure cessio erzeugten ganz dieselben Wirkungen, wie der ernstliche Kauf, das ernstliche Darlehn, das Urtheil im Vindicationsproceß. Das, worin jene Nachbildungen hinter dem Original zurückblieben, lag hier lediglich in der Art, wie die Wirkungen herbeigeführt wurden, darin nämlich, daß man den Mangel der wirklichen Voraussetzungen auf künstlichem Wege durch Scheinzahlung und Scheinproceß ergänzte. Alle Scheingeschäfte, mögen sie nun an den *Wirkungen* oder *Voraussetzungen* kürzen, kommen mithin darin überein, daß bei ihnen etwas *fehlt*, was dem vorbildlichen Geschäft *wesentlich* ist, daß sie nicht sowohl eine *Anwendung*, als vielmehr eine bloße, mitunter höchst äußerliche *Anknüpfung* an dasselbe enthalten.

Diesen Gesichtspunkt darf man bei der Beurtheilung der Scheingeschäfte nie aus den Augen lassen. In welchem Maße er ihren Urhebern selber vorgeschwebt hat, davon hat zwar die bisherige Entwicklung bereits manche Zeugnisse beigebracht,[396] allein ich darf nicht unterlassen, diesen Punkt in ein noch helleres Licht zu setzen.

Ich fasse meine Ansicht in den Satz zusammen: Das Scheingeschäft ist mit dem originären *historisch*, nicht *dogmatisch* verbunden. Es ist aus letzterem hervorgegangen, aber nicht wie

396) Siehe auch III. 536.

Digitized by Google

ein Zweig, der dauernd mit dem Stamm zuſammenhängt, ſondern wie der Schößling, der ein ſelbſtändiges Daſein gewonnen hat. Oder minder bildlich geſprochen: die Theorie des originären Geſchäfts iſt nicht die des Scheingeſchäfts, letzteres hat ſeine eigene, die von jener nicht ſelten in den weſentlichſten Punkten abweicht und darum auch durch die Veränderungen, die mit jener vor ſich gehen, nicht betroffen wird.[397]) Der praktiſche Werth des Scheingeſchäfts beruhte auf der Freiheit, mit der die Juriſten die Rechtsſätze des originären bei dem Scheingeſchäft zur Anwendung brachten, ſie änderten oder ausſchloſſen, kurz auf ſeiner dogmatiſchen Unabhängigkeit und Selbſtändigkeit. Möglich, daß dieſe Eigenſchaft für manche Scheingeſchäfte erſt nach und nach gewonnen ward, aber nicht minder gewiß, daß andere ſie von vornherein mit zur Welt brachten. Das testamentum per aes et libram war ein von der mancipatio abgezweigtes Scheingeſchäft. Die mancipatio gewährte ein unwiderrufliches Recht. Wer möchte glauben, daß dieſer Satz jemals beim Mancipationsteſtament zur Anwendung gelangt ſei? Damit wäre dasſelbe ſeiner ganzen Brauchbarkeit beraubt worden, es hätte aufgehört zu ſein, was es von jeher war: ein Teſtament, und wäre in eine unwiderrufliche letztwillige Verfügung, einen Erbvertrag übergegangen. Bei der wirklichen coemptio fiel dem Manne das ganze Vermögen der Frau zu, und umgekehrt beerbte ſie ihn, wenn er ſtarb. Wie ungeſchickt wäre es geweſen, wenn man beide Sätze auf die coemptio fiduciae causa hätte übertragen wollen! Daß es nicht geſchehen iſt, wird uns ausdrücklich bezeugt.[398]) Das Urtheil erzeugte nur Wirkungen unter den Parteien, ſo auch das Urtheil im Vindicationsproceß. Die in jure cessio dagegen reichte weiter, ſie wirkte abſolut, in einem ſpeciel-

397) So z. B. relevirte der Umſtand, daß der ernſtliche Verkauf der Frau ins Mancipium ſchon früh unterſagt ward, nichts für den Scheinverkauf derſelben.

398) Erſteres: Gaj. II. 98: sive quam in manum utuxorem receperimus; letzteres: Gaj. I. 115b, 118.

Digitized by Google

len Fall: bei der tutela legitima mulierum aber blieb sie umgekehrt hinter der vindicatio zurück, ihre Wirkung erlosch mit dem Tode und der capitis deminutio des Cedenten.[399]) Eine Vindication der Erbschaft war erst *nach* der Antretung möglich, eine in jure cessio derselben nur *vor* der Antretung und auch dies nur bei der hereditas legitima.

Doch genug der Belege für eine Behauptung, die für Jeden, der von dem praktischen Takt der römischen Juristen eine Vorstellung hat, kaum eines Beweises bedürfen wird. So wenig wie dieselben sich bei der Interpretation der Gesetze blindlings dem Buchstaben gefangen gaben, unbekümmert um das praktische Resultat, das zu Tage kam (III. 459), so wenig bei dem Scheingeschäfte der leidigen Consequenz. Wo dieselbe zu Resultaten führte, die, obschon durch den Zweck des Scheingeschäfts nicht gerade geboten, doch mit demselben wenigstens nicht in Widerspruch traten, vergönnten sie ihr freien Spielraum; über diese Grenze hinaus versperrten sie ihr den Weg. Eben daß die *Juristen* dies thaten, daß sie die Theorie des Scheingeschäfts in der Weise gestalteten, wie sie dem Zweck desselben entsprach, daß es also nicht erst Sache der Parteien war, alle unbequemen Wirkungen, die das originäre Geschäft in seiner wirklichen Anwendung erzeugte, auf allerhand Umwegen zu beseitigen — eben dieser Umstand enthält in meinen Augen die eigentliche Signatur des Scheingeschäfts und damit zugleich das specifische Merkmal, welches die Scheingeschäfte des *Rechts* von den Schleichwegen des *Lebens*, den simulirten Geschäften unterscheidet.[400]) *Th. Mommsen* hat

399) Ulp. XI. 7.

400) Wenn *Th. Mommsen* Röm. Forschungen Aufl. 2 S. 408 die Behauptung aufstellt, daß die Parteien „in dem einen wie in dem andern Fall ganz unter denselben Rechtssatzungen gestanden hätten, aber bei den denaturirten Geschäften sich auf diesem oder jenem Wege denjenigen thatsächlichen Consequenzen entzogen hätten, um derentwillen jene Satzungen aufgestellt worden seien, oder daß beide Arten von Geschäften sich nicht durch die Verschiedenheit der *Rechtsfolgen*, sondern *lediglich* der thatsächlichen Folgen unterschieden hätten", so geht aus der Limitation, die er sofort hinzu-

Digitized by Google

das Scheingeschäft als denaturirtes bezeichnet, und ich halte diesen Ausdruck für einen ganz zutreffenden. Aber die Denaturation beruhte nicht darin, worein er sie setzt, nämlich daß die Parteien im einzelnen Fall das Geschäft verrenkt hätten — dies hätte die Natur, den Begriff des Geschäfts selber nicht weiter berührt — sondern darin, daß das Recht es that, m. a. W. daß eine neue Geschäftsform geschaffen ward.

Die bisherige Ausführung war, ganz abgesehen von dem Interesse, das sie an sich hat, auch zu dem Zweck nöthig, um ein Scheingeschäft, auf das man erst neuerdings aufmerksam geworden ist, dem aber von dem so eben genannten Gelehrten seine Legitimation als Scheingeschäft bestritten ist, unter die Zahl derselben aufnehmen zu können und damit einen werthvollen Beitrag für die oben entwickelte Theorie der Scheingeschäfte zu gewinnen. Dies ist die Verwendung der arrogatio als Form des Uebertritts eines Patriciers zu den Plebejern (transitio ad plebem).[401])

---

fügt: „daß bei denjenigen Scheinformen, die das Recht tolerirt und weiter entwickelt, allmählich auch die rechtlichen Consequenzen mehr oder minder alterirt worden seien", hervor, daß er der im Text entwickelten Auffassung nicht so fern steht, als es jenen Aeußerungen nach scheinen möchte. Auch L. Lange, der gerade am wenigsten Veranlassung gehabt hätte, diese Ansicht seines Gegners gelten zu lassen (s. unten), spricht von einer „principiellen Unterschiedslosigkeit des ernsthaften und des Scheingeschäfts" (S. 39, 40 der in der folgenden Note citirten Schrift).

401) So viel ich weiß, hat zuerst Becker, Röm. Alterth. II. S. 156 die Arrogation als den einzigen und ausschließlichen Weg der transitio ad plebem bezeichnet, ohne freilich diese Ansicht näher auszuführen und zu begründen. Letzteres ist erst geschehen von Ludwig Lange in einem Vortrag auf der Philologenversammlung in Meißen, abgedruckt in der Zeitschr. für österr. Gymnasien 1863 S. 861 fl., gegen den Th. Mommsen seine in seiner Abhandlung über die römischen Patriciergeschlechter (Rhein. Museum N. F. XVI. S. 358) geäußerte Ansicht, daß der Uebergang auf directem Wege durch detestatio sacrorum erfolgt sei, in einem Nachtrage zur zweiten Auflage seiner römischen Forschungen S. 399—411 weiter zu begründen und die juristische Unmöglichkeit der Lange'schen Auffassung zu erweisen gesucht hat. Dagegen wiederum Lange in einer eigenen Schrift:

Digitized by Google

Der Sohn des Plebejers war wiederum Plebejer. Ein Patricier, der zur Plebs übertreten wollte, um damit die Fähigkeit zur Bekleidung des Tribunats zu erlangen, brauchte sich also zu dem Zweck nur von einem Plebejer arrogiren oder, wenn er Haussohn war, adoptiren zu lassen, was wenn auch schwerlich in ältester, doch jedenfalls schon in der guten Zeit der Republik möglich war. Eine sich daran reihende im Voraus verabredete Emancipation verschaffte ihm dann, wenn er es wünschte, die Stellung eines pater familias. Der Preis, den er für den gewünschten Zweck einzusetzen hatte, war freilich kein geringer: Verlust des Patriciats, der sacra, des Namens und des Erbrechts; dies brachte die Consequenz jener Vorgänge mit sich. Aber gerade in der Höhe dieses Preises lag die Nöthigung, eine bequemere Form ausfindig zu machen. Dies war entweder in der Weise möglich, daß man eine ganz neue, eigens für diesen Zweck berechnete Form erfand, oder in der Weise, daß man an jenen durch das vorhandene Recht ermöglichten Umweg anknüpfend denselben nur zweckmäßiger gestaltete. Wer der bisherigen Ausführung gefolgt ist, wird schwerlich darüber im Unklaren sein, welche von beiden Möglichkeiten der Weise der römischen Juristen mehr entsprach; angenommen, daß sie sich aber dennoch für die erstere Alternative entschieden hätten, so wird es von vornherein als höchst unwahrscheinlich bezeichnet werden dürfen, daß jetzt noch Jemand auf die Idee hätte verfallen sollen, sich anstatt des ihm geöffneten directen Weges des unvollkommenen alten Umweges zu bedienen.

Bekanntlich wählte nun Clodius, als er des obigen Motivs wegen zur Plebs überzutreten beschloß, den letzteren Weg; er ließ sich von einem Plebejer, dem Fontejus, arrogiren und sodann emancipiren. Ueber den Zweck dieses Schrittes konnte Niemand im Unklaren sein, ganz Rom kannte ihn und so auch die Pontifices, die dabei mitzuwirken hatten. Zum Ueberfluß, um die

---

Ueber die transitio ad plebem. Leipzig 1864 (kurz zusammengefaßt in dessen Röm. Alterth. B. 1. Aufl. 2. S. 122 fl.).

Digitized by Google

Nichternstlichkeit der Arrogation noch augenfälliger zu machen, war als Figurant ein Mann gewählt, jünger an Jahren, als der zu Arrogirende! Wenn nun gleichwohl die Pontifices ihre Beihülfe nicht versagten, so läßt das die doppelte Deutung zu: entweder die einer mit der Ernstlichkeit, mit der sie sonst die Bedingungen der Arrogation prüften, wenig in Einklang stehenden Connivenz bei einem, wie Mommsen selber ihn bezeichnet, „dem Wesen der Adoption widerstreitenden Willküract" — einer Connivenz, die ihnen durch die Wahl eines Arrogators von etwas vorgerückterem Alter jedenfalls hätte erleichtert werden können —, oder aber die einer ihnen amtlich obliegenden Mitwirkung zu einem Scheingeschäft in unserm Sinn. Die Gründe, die für die letztere Deutung geltend gemacht worden sind, haben für mich ganz überzeugende Kraft. Clodius behielt seinen patricischen Namen bei und nahm nicht, wie es bei wirklichen Adoptionen üblich, den des Adoptivvaters an; ebenso verblieben ihm seine sacra und sein civiles Erbrecht[402]) — alles ganz erklärlich bei der zweiten, unerklärlich bei der ersten Annahme. Wenn die Pontifices die Wirkung der den Uebertritt zur Plebs vermittelnden Scheinarrogation lediglich auf diesen ihren einzigen Zweck beschränkten und die übrigen Wirkungen, welche über ihn hinausgingen, fallen ließen, so verfuhren sie dabei nicht anders als, wie oben gezeigt, bei den meisten andern Scheingeschäften, und die arrogatio fiduciae causa zum Zweck der transitio ad plebem findet insbesondere an der coemptio fiduciae causa in ihrer oben beschriebenen Gestalt ein Seitenstück, das nichts zu wünschen übrig läßt, und das allein schon ausreicht, die Einwendungen, die vom Standpunkt der „römisch-juristischen Logik" aus gegen jene Ansicht erhoben sind, zu entkräften. Bei den Scheingeschäften bestand die Logik des römischen Rechts meiner Auffassung nach gerade darin, daß es die unbequeme Logik, das, was

402) Lange in der citirten Schrift S. 33—38, S. 42—48.

Digitized by Google

man nicht wollte, ausſchloß, oder m. a. W. die Logik des Zwecks über die der Mittel ſetzte.

Von dieſem Standpunkt aus erklärt es ſich, warum in dem obigen Fall ein Mann, jünger an Jahren, als der zu Arrogirende, die Rolle des Adoptivvaters übernahm — es ließ ſich kein beſſerer Proteſt gegen die Ernſtlichkeit der Arrogation denken, als gerade dieſer.[403]) Bei der entgegengeſetzten Anſicht hätte darin ein gänzlich zweckloſer Hohn gegen das Pontificalcollegium gelegen.

Zu dieſem Schößling der Arrogation fügte die Kaiſerzeit noch einen andern, ſo viel ich weiß, bisher nicht beachteten hinzu: die Verwendung der Adoption als Form der Ernennung des Thronfolgers (adoptio regia). Unter den erſten Kaiſern eine wirkliche Adoption, die dem Adoptirten ganz die Stellung eines Hauskindes anwies,[404]) ward ſie nach und nach eine reine Form für die angegebenen Zwecke, deren Unterſchied von der echten Adoption ein Zeugniß aus der Zeit Diocletians als einen ganz bekannten vorausſetzt.[405]) Daß es bei dieſem Akt nicht auf einen Sohn im natürlich-ſittlichen und juriſtiſchen Sinn abgeſehen ſei, ward bereits in früher Zeit von einigen der Kaiſer ſelber betont,[406]) und nachdem man ſich daran gewöhnt hatte, den Akt in anderm Licht zu betrachten, kam man ſchwerlich mehr in Verſuchung, die

403) Lange a. a. O. S. 13. Eine Parallele findet er in der oben (Note 387 a. E.) als möglich zugegebenen ſymboliſchen Bedeutung der senes coemptionales.

404) Ihr entſprechend richtete z. B. Tiberius ſeit ſeiner Adoption durch Auguſtus ſeine ganze Handlungsweiſe ein. Sueton. Tiberius c. 15: nec quidquam postea pro patrefamilias egit etc.

405) Spartian. Aelius Verus c. 2 . . non testamento, ut antea solebat, neque eo modo, quo Trajanus est adoptatus, sed eo prope genere, quo nostris temporibus a vestra clementia Maximianus atque Constantius Caesares dicti sunt quasi quidam principum filii virtute et designati augustae majestatis heredes.

406) So z. B. Galba bei Tac. Hist. I. 15: Augustus in domo successorem quaesivit, ego in re publica, Hadrian bei Spartian. Hadrianus c. 4: tu patrimonii tui, non reipublicae quaeris heredem.

Digitized by Google

Consequenzen der gewöhnlichen Adoptionstheorie zu ziehen, das Vermögen des Thronfolgers dem Kaiser[407]) und umgekehrt die Privaterbschaft des letzteren jenem zuzusprechen. Hadrian stellte dem Antoninus Pius bei seiner Adoption die Bedingung, daß er als seinen Nachfolger den Mark Aurel und als dessen, also als seinen Enkel, den Verus adoptire und diesem seine Tochter gebe. Ersteres geschah, gleichwohl aber wurden die beiden letzteren im Leben als Brüder betrachtet (nach ihrem Tode die „Divi fratres"), ungeachtet juristisch genommen der eine der Vater des andern war. Verus erhielt statt der ihm von seinem Adoptiv-Urgroßvater Hadrian zugedachten Tochter seines Adoptiv-Großvaters Pius schließlich die Tochter seines Adoptivvaters oder Bruders Mark Aurel zur Braut, während dieser wiederum die Tochter seines eignen Adoptivvaters zur Frau nahm.[408]) Wer mag bei dieser Verkehrung der gewohnten Ordnung der Familie noch an wirkliche Familienverhältnisse denken! Es waren Verabredungen rein politischer Art, bei denen die Adoption nur den Namen hergab, um die Reihe der Regierungsnachfolger zu bestimmen, ohne daß man ihr auf die Privatverhältnisse weder einen hinderlichen noch förderlichen Einfluß eingeräumt hätte.[409]) Kurz

---

407) Sonst hätte z. B. das Vermögen des Aelius Verus, der mit Zurücklassung eines Sohnes vor Hadrian starb, als Pekulium an letzteren fallen müssen.

408) Spart. Hadrian. c. 22. Ael. Verus c. 6. Capitol. Verus c. 3. Ant. Phil. c. 5. Juristisch war allerdings die Adoption des Schwiegersohnes dadurch möglich zu machen, daß der Vater die Tochter vorher aus der Gewalt entließ. L. 17 §. 1 de R. N. (23. 2) (nicht entgegen L. 23 i. f. de adopt. 1. 7) — ein leeres Spiel mit den Familienverhältnissen, das von den im Text genannten Personen schwerlich aufgeführt worden ist. Mark Aurel war, als er den Verus adoptirte, 18 Jahre alt, wenige Jahre älter, als letzterer. Capit. Ant. Phil. c. 5 und c. 7 .. fratrem sibi participem in imperio designavit .. et quasi pater (ejus) esset et Verum eum appellavit addito Antonini nomine filiamque suam Lucillam fratri despondit.

409) So hinterließ Ant. Pius sein Vermögen nicht seinem Adoptivsohn, sondern seiner natürlichen Tochter. Capitol. Pius c. 12.

Digitized by Google

es war ein neuer Begriff: die „adoptio regia“,[410]) bei der daher auch die alten Formen, die früher noch beobachtet waren, bald andern Platz machten. Hadrian erfuhr ſeine Ernennung zum Nachfolger von Seiten des Trajan erſt durch Ueberſendung des Patents, als er in Spanien war.[411]) Ob wohl irgend einer der Juriſten, wenn derſelbe dort umgekommen wäre, daran gedacht haben würde, das Teſtament, das er vorher errichtet hatte, für hinfällig zu erklären und ſein Vermögen als Peculium dem Trajan zuzuſprechen? Ich möchte es bezweifeln! Im dritten Jahrhundert fiel endlich ſelbſt die formelle Anknüpfung an die Adoption hinweg. Die Ernennung erfolgte durch Patent, welches den Titel eines Caesar verlieh, und der Akt ſelber wird als Verleihung des caesarianum nomen bezeichnet.[412])

In dem ſo eben behandelten Fall beſitzen wir, ſo viel mir bekannt, das ſpäteſte Scheingeſchäft, das die Geſchichte des römiſchen Rechts aufzuweiſen hat. Die Technik der klaſſiſchen Zeit konnte derartiger künſtlicher Mittel, mit denen die Jurisprudenz in ihrer Jugendzeit ſich beholfen hatte, entrathen; die vorhandenen Scheingeſchäfte erhielten ſich noch zum Theil, aber von neu entſtandenen thut die Geſchichte uns keine Meldung mehr, — die Periode der Scheingeſchäfte war vorüber!

Die Fictionen haben ſich in neueſter Zeit einer regen Bearbeitung zu erfreuen gehabt,[413]) es will mir aber ſcheinen, als

---

410) So bezeichnet ſie Capit. Ant. Phil. c. 5.

411) Spart. Hadr. c. 4.

412) So ſchon zur Zeit des Commodus. Capitol. Clod. Albinus c. 2: literas dederat: quibus jusserat ut Caesar esset ... Alias ad te publice de successore atque honore dedi etc. Auf die Adoption wird hier nicht die leiſeſte Anſpielung gemacht. Id. c. 3: donantem me Caesariano nomine.

413) Kuntze, Die Obligation und die Singularſucceſſion (1856) S. 87—90, S. 377 fl. Köppen, Die Erbſchaft (1856) S. 6—9. Ver-

Digitized by Google

ob man stellenweis ihre Bedeutung nicht wenig überschätzt habe,[414]) und als ob bereits Savigny[415]) mit wenig Worten das wahre Wesen derselben erschöpft habe. „Entsteht eine neue Rechtsform, sagt er, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiction, für die Entwicklung des römischen Rechts höchst wichtig und von den Neuern oft lächerlich verkannt."

Zu dieser „lächerlichen Verkennung" bietet die Fiction allerdings eine gewisse Versuchung dar. Sie ist eine von den Erscheinungen der juristischen Technik, mittelst deren man die römische Jurisprudenz vor Unkundigen leicht persifliren kann, und Cicero, den wir schon so oft auf derselben Fährte betroffen haben, hat auch diesen Stoff zu verwerthen gesucht.[416]) Wie läppisch, kann man sagen: ein rechtliches Hinderniß, dessen man nicht Herr werden kann, einfach hinwegzufingiren, den nachtheiligen Einfluß einer Emancipation zu beseitigen, indem man sie selber für nicht geschehen erklärt, die Tochter des Patrons zum Sohne, den Nichtbürger zum Bürger zu machen und sogar die keusche Diana, um ihr die an den Besitz des jus liberorum geknüpfte Erbfähigkeit

---

ger, Kritische Beiträge zur Theorie des österreich. allgemeinen Privatrechts (1856) S. 71—95. Demelius, Die Rechtsfiction (1858). — Der letztgenannte Schriftsteller hat gegen die im Text folgende Darstellung, welche zum Theil gegen ihn gerichtet war, in der Münchener Krit. Vierteljahrsschrift X. S. 354 fl. allerhand Ausstellungen erhoben, denen ich dadurch vollkommen gerecht geworden zu sein glaube, daß ich den Ort bezeichnet habe, wo der Leser sie finden kann.

414) S. z. B. Kuntze, der „in diesem wundersamen Reich der Fictionen ein dämonisches Walten" wahrnimmt. Auch Berger sucht meines Erachtens zu viel hinter ihnen.

415) Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Aufl. 3 S. 32.

416) In Verrem II. 2, 12: Judicia hujusmodi: qui cives Romani erant, si Siculi essent, quum Siculos eorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives Romani essent — die bekannte Fiction der Civität, die wir jetzt auch aus Gaj. IV. 37 kennen.

Digitized by Google

zuzuwenden, mit Kindern zu beschenken.[417]) Wie freilich Juristen durch diese barocke Form der Fiction sich täuschen lassen konnten, ist schwer zu begreifen, und doch bietet die Literargeschichte ein eclatantes Beispiel an einem der namhaftesten Juristen des vorigen Jahrhunderts.[418])

Und doch ist die Sache so außerordentlich einfach. Man möge mir erlauben, sie durch ein Beispiel des heutigen Lebens zu veranschaulichen. Eine Eisenbahnverwaltung, eine Steuerbehörde hat Formulare drucken lassen, in denen aus Versehen oder, weil der Artikel damals noch nicht bekannt war, eine Columne oder Rubrik für einen inzwischen current gewordenen Artikel fehlt. Um nicht die sämmtlichen Formulare umdrucken zu lassen, bestimmt sie, daß der Artikel unter eine der vorhandenen Columnen untergebracht werden solle, daß Braunkohlen z. B. als Steinkohlen gelten sollen. Was hat der römische Prätor anders gethan, wenn er bei Ausdehnung der Klagen auf neue Verhältnisse die alten Formulare unverändert beibehielt und nur für den Richter den Vermerk hinzufügte: er solle das neue Verhältniß ganz so behandeln, als ob es unter die Kategorie des alten fiele? Es war in der That nichts als eine eigenthümliche Form der analogen Ausdehnung des Gesetzes (Note 418).

Diesen und keinen andern Zweck hat diese Fiction. Sie soll den Prätor oder die Theorie der Mühe, diese Formulirung der Klage oder des Begriffs entsprechend zu verändern, überheben. „Nur ein Erbe kann die hereditatis petitio anstellen" lautete der Satz des alten Rechts. Aber das Bedürfniß drängte später dahin, auch anderen Personen, z. B. dem Käufer der Concursmasse, dem Bonorum Possessor die Klage zuzugestehen. In Folge

417) Ueber die Beispiele im Text s. Gaj. III. 26. IV. 38. Dio Cassius c. 55 i. i. Note 416 und 425.

418) Heineccius Antiq. jur. Rom. I. 2. §. 24. Historia jur. Rom. I. 3. §. 70. Sein Gegner in dem Streit über den Charakter des prätorischen Rechts: Richey (bez. Korte) traf mit einem Worte den Nagel auf den Kopf, indem er die Fictionen „interpretationes extensivas" nannte.

Digitized by Google

davon hätte nicht bloß die alte auf den heres oder die hereditas lautende Fassung der *Klage*, sondern auch die Formulirung der obigen *Regel* geändert werden müssen. Letzteres war aber kein Leichtes, es hieß an Stelle des bekannten, geläufigen Begriffs der hereditas einen neuen allgemeineren: den der Universalsuccession aufstellen, ihn klar erfassen und formuliren. Sollte das Leben so lange warten, bis der Doctrin dies gelungen war? Man wählte einen theoretisch minder correcten, praktisch aber eher zum Ziele führenden Weg: jene beiden Personen werden als heredes angesehen; sie sind es zwar nicht, aber sie werden als solche *fingirt*, will heißen: behandelt, ihnen in dieser bestimmten Beziehung gleichgestellt. Auf diese Weise war das bisherige Recht formell gerettet. Der Prätor gab nach wie vor die alte Klagformel, nur mit dem obigen Zusatz, der Lehrer des Rechts trug nach wie vor jene Regel vor und schnitt den Einwand des Schülers, daß doch jene Personen keine heredes seien, in derselben Weise ab, wie der Prätor den des Richters: sie seien zwar keine, aber rücksichtlich der Klagbefugniß seien sie denselben gleichgestellt, d. h. das Klagerecht des heres sei auf sie übertragen worden.

„Das Testament ist der letzte Wille eines römischen Bürgers; wem diese Eigenschaft im Moment des Todes abgeht, der kann kein gültiges Testament hinterlassen." Das war der Satz des alten Rechts. Als Consequenz ergab sich daraus, daß das Testament eines Bürgers, der in feindlicher Gefangenschaft starb, keine Gültigkeit hatte. Die lex Cornelia sah sich veranlaßt, diese Consequenz rücksichtlich der *vor* der Gefangenschaft errichteten Testamente aufzuheben. Sie hätte es thun können in der Weise, wie wir heutzutage es thun würden, indem sie diese Neuerung offen aussprach, und sie würde es vielleicht auch gethan haben, wenn nicht die römischen Juristen mit im Rath gesessen und das Interesse ihrer Disciplin dadurch gewahrt hätten, daß sie eine Wendung ersannen, die den obigen Fundamentalsatz äußerlich bestehen ließ: die bekannte fictio legis Corneliae. Das Gesetz sprach aus: es solle so angesehen werden, als ob der Testator

Digitized by Google

bereits im Moment seiner Gefangennehmung, also noch als Freier und römischer Bürger verstorben wäre.[419])

Diese beiden Beispiele werden als Anhaltspunkte zur Veranschaulichung des eigenthümlichen Mechanismus und der technischen Bestimmung der Fiction genügen.

Der Zweck der Fiction besteht in der Erleichterung der Schwierigkeiten, die mit der Aufnahme und Verarbeitung neuer, mehr oder weniger einschneidender Rechtssätze verbunden sind, in der Ermöglichung, die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer alten Gestalt zu belassen, ohne doch dem Neuen praktisch seine volle Wirksamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern. Indem sie die Schwierigkeiten umgeht, statt sie zu lösen, charakterisirt sie sich damit allerdings als eine wissenschaftlich unvollkommene Form der Lösung der Aufgabe — sie verdient denselben Namen, wie das Scheingeschäft: den einer technischen Nothlüge — aber indem sie andererseits einen leichteren, bequemeren Weg einschlägt, der praktisch ganz zu demselben Ziele führt, erleichtert sie damit den Fortschritt, macht ihn möglich zu einer Zeit, wo es der Wissenschaft noch an der Kraft fehlen würde, die Aufgabe in der ihr entsprechenden Gestalt zu bemeistern. Ohne die Fictionen wären manche einflußreiche Aenderungen des römischen Rechts wahrscheinlich erst in viel späterer Zeit erfolgt. Es ist leicht zu sagen: Fictionen seien Nothbehelfe, Krücken, deren sich die Wissenschaft nicht bedienen solle. Sobald letztere ohne sie fertig werden kann, gewiß nicht! Aber immer besser, daß sie mit Krücken geht, als ohne Krücken ausgleitet oder sich nicht aus der Stelle bewegt. Es ist daher nicht Zufall, sondern ein richtiger Instinkt, der die Wissenschaft in ihrer Jugendperiode zu dieser Krücke greifen heißt, und auch hier kann wiederum das Beispiel des englischen Rechts, das von diesem Mittel die ausgedehnteste Verwendung gemacht hat, uns belehren, daß wir es nicht mit einer specifisch römischen, sondern mit einer Einrichtung

419) L. 18, 22 de capt.(49. 15).

Digitized by Google

zu thun haben, die auf einer gewissen Stufe der juristischen Entwicklung mit innerer Nothwendigkeit zum Vorschein getrieben wird. Selbst wenn die Wissenschaft die Kinderschuhe ausgetreten hat, und die tausendjährige Uebung des Denkens in ihr endlich jene Sicherheit und Fertigkeit des abstracten Denkens gezeitigt hat, die erforderlich ist, um die theoretischen Grundlagen einer Lehre neu zu gestalten, kann immerhin doch als erster Ansatz zur Bewältigung eines völlig neuen Gedankens — im theoretischen Nothstand — die Fiction eine gewisse Berechtigung haben. Besser Ordnung und freie Beweglichkeit mit Fiction, als Unordnung und Unbeweglichkeit ohne Fiction!

Anderseits freilich liegt in jeder Fiction, eben weil sie ein unvollkommnes Mittel ist, für die Wissenschaft die Mahnung, sie möglichst bald durch ein vollkommneres zu ersetzen. Aber der Jurisprudenz zumuthen, die Fiction über Bord zu werfen, bevor ihr die wirkliche Lösung gelungen, hieße den Krückenträger auffordern, die Krücken fortzuwerfen, bevor er gehen kann.

Völlig verschieden von den Fictionen, die ich im Bisherigen im Auge gehabt habe, und die ich als historische bezeichnen möchte, weil sie eine eigenthümliche Form des historischen Fortschrittes, die formelle Anknüpfung des Neuen an das Alte repräsentiren, sind zwei andere Verhältnisse, auf die ebenfalls der Name angewandt worden ist. War es eine Fiction, wenn die lex de arrogatione dem arrogirten Kinde die Stellung des natürlichen anwies? Sicherlich nicht,[420]) es war zwar eine Gleichstellung, aber nicht jede Gleichstellung ist eine Fiction. Oder wäre es eine Fiction, wenn ein heutiges Gesetz die Juden den Christen gleichstellt? Allerdings enthält auch die Fiction eine Gleichstellung — man denke an das Beispiel des bonorum emptor und bonorum possessor (S. 303) — aber das Charakteristische ist die Form, in der sie dieselbe vermittelt, und der Zweck,

420) Demelius in seiner Note 413 citirten Schrift zieht diesen und alle ähnliche Fälle mit unter den Begriff der Fiction, wodurch derselbe nur verdunkelt werden kann.

Digitized by Google

deſſentwegen ſie dies thut. Anſtatt den Rechtsſatz ſo zu erweitern, daß das Verhältniß, auf das er ausgedehnt werden ſoll, darunter Platz findet, wird umgekehrt das Verhältniß in gewaltſamer Weiſe ſo gepreßt, daß es hineinpaßt, der juriſtiſchen Vorſtellung wird zugemuthet, ſich dasſelbe in einer andern Geſtalt zu denken, als die es an ſich trägt, die wirkliche Erweiterung des Rechtsſatzes wird *verdeckt*, *verſchleiert*. In den obigen Fällen geſchieht nichts dem Aehnliches. Anſtatt die rechtliche Stellung, die das arrogirte Kind oder die Juden einnehmen ſollen, im Einzelnen genauer anzugeben, wird einfach auf die des natürlichen Kindes, der Chriſten Bezug genommen, es iſt eine abgekürzte Form der Faſſung der anzuwendenden Rechtsgrundſätze, eine *Verweiſung*, aber nichts weniger als eine Fiction. Solche Verweiſungen wiederholen ſich überall und zu jeder Zeit ſowohl in den Geſetzen als den Rechtsgeſchäften der Privaten,[421]) nicht ſelten bilden ſie den Inhalt eines beſonderen Privilegiums,[422]) — eine techniſche Bedeutung können ſie nicht in Anſpruch nehmen.

---

421) Mit demſelben Recht, mit dem *Demelius* Wendungen wie: decem viri eodem jure sint, quo qui optima lege (Cic. de leg. agr. II. 11) und die alte Curialformel: siremps lex res jus causaque omnibus omnium rerum esto (Val. Prob. de not. §. 3) u. a. m. hierher zieht, könnte man auch von einer Fiction ſprechen, wenn ein Miether die Wohnung „zu denſelben Bedingungen, wie ſein Vorgänger" miethet — es iſt eine Erleichterung für den Abſchreiber, nichts weiter. Dieſelbe Erleichterung gönnt ſich der ſpätere Geſetzgeber, wenn er, anſtatt alle die einzelnen Rechte, welche das arrogirte Kind oder die Juden haben ſollen, aufzuzählen, einfach auf das leibliche Kind oder die Chriſten verweiſt.

422) So in Rom z. B. das jus liberorum, welches die kinderloſe Frau in Bezug auf die Capacitätsbeſtimmungen der Frau mit Kindern gleichſtellte, die restitutio natalium, welche dem Freigelaſſenen die Stellung des Freigebornen einräumte. Ob dabei die Wendung gebraucht wird, „*ebenſo, als ob* ſie Kinder hätte, als ob er freigeboren wäre" (L. 5 §. 1 de nat. rest. 40. 11), verſchlägt Nichts. Ebenſo wenig ſteht im Wege, daß beide Begriffe urſprünglich höchſt wahrſcheinlich in der Form von Fictionen aufgetreten ſind, daß alſo die Kaiſer, welche zuerſt von dem Erforderniß des Beſitzes der Kinder dispenſirten oder dem Freigelaſſenen die Stellung eines Freigebornen einräumten, dies formell in der Weiſe vermittelten, daß ſie in dem Pa-

Digitized by Google

Für das zweite Verhältniß ist der Ausdruck: Fictionen allgemein eingebürgert, und ich will dem Sprachgebrauch nicht entgegentreten, es genügt mir, die Verschiedenheit desselben von der oben geschilderten Function der Fiction zu constatiren. Die Existenz der juristischen Person, so lehrt man, beruht nicht auf natürlichem Dasein, sondern auf Fiction. Und in der That richtet diese Fiction an unsere Vorstellung ganz dieselbe Aufforderung, wie die obigen: sich nämlich das thatsächliche Verhältniß anders zu denken, als es wirklich ist, statt der einzelnen Mitglieder der Zunft sich ein gedachtes Wesen: die Zunft als Subject vorzustellen. Aber der Zweck der Fiction ist hier nicht Erleichterung der Anknüpfung eines neuen Rechtssatzes an das bisherige Recht, sondern Erleichterung der juristischen Vorstellung. Die Betrachtung dieser dogmatischen Function der Fiction, wie ich sie zum Unterschiede von der in dem gegenwärtigen Zusammenhange allein zu erörternden historischen nennen will, liegt außerhalb der Grenzen unserer Aufgabe, die Hervorhebung derselben hatte lediglich das negative Interesse für uns, den störenden Einfluß, den sie auf die richtige Erfassung der historischen Function derselben ausüben konnte, fern zu halten.[422a])

---

tent den Besitz von Kindern oder die freie Geburt fingirten. Nachdem sich aus solchen einzelnen Fällen einmal der Begriff des jus liberorum und der restitutio natalium herausgebildet hatte, konnte man diese formelle Anknüpfung hier ebenso fallen lassen, wie man dies in unzähligen anderen Fällen gethan hat. Die actio Publiciana war ursprünglich eine act. fictitia, ist es aber heutzutage nicht mehr. Ebenso mochte man in alter Zeit die acceptilatio oder novatio als fingirte Zahlung betrachten, aber nachdem die beiden Akte unter dieser Hülle sich zur Selbständigkeit des Begriffs herausgebildet hatten, galten sie „sua vi ac potestate" (Gaj. IV. 33), ohne sich noch fernerhin unter den Begriff der Zahlung flüchten zu müssen. Nachdem die Wissenschafft sie erkannt hatte als das, was sie in Wirklichkeit waren, war eben damit das Stadium der Fiction überwunden.

422a) Der obigen Bezeichnung: historische und dogmatische Fictionen will jetzt Unger Verträge zu Gunsten Dritter, Jena 1869 S. 9—11 die von praktischen und theoretischen substituiren und von ersteren zwei Arten unterschieden wissen, von denen die eine mit meiner historischen Fiction zu

Digitized by Google

Kehren wir zu letzterer zurück. Die Fiction in diesem Sinne ist ein Seitenstück zum Scheingeschäft, nicht selten sogar, um einen früheren (III 382) Ausdruck zu wiederholen, das Caput mortuum desselben, hervorgegangen aus demselben Motiv und in ganz ähnlicher Weise operirend. Was das Scheingeschäft auf dem weitläufigeren Wege der Handlung, beschafft sie auf dem einfacheren des Gedankens, beide thun dem Verhältniß, das sie behandeln, Gewalt an, um es über das Prokrustesbett bereits vorhandener Geschäfte, Begriffe, Klagen zu spannen. Nur darin möchte ein Unterschied beider gelegen sein, daß, während das Scheingeschäft in unserm obigen Sinn vorzugsweise im römischen Verkehr, weniger im Proceß zur Erscheinung gelangte, die Fiction gerade im Proceß die reichste Verwendung fand, welches letztere sich auch im englischen Rechte wiederholt. Der Uebergang des Legis-Actionen-Processes in den Formularproceß scheint vorzugsweise durch sie vermittelt worden zu sein.[423]) Die Form, die sie in dem Processe annahm, war eine doppelte: die eines Zwischensatzes, und eines Vordersatzes, im ersteren Fall enthielt die Formel bloß die eine, sich überall wiederholende Bedingung: si paret, im zweiten eine Doppelbedingung;[424]) diese letztere Form möchte ich für die ältere halten.

---

sammenfällt, die andere die auf der vorigen Seite erörterte eigenthümliche Redeform ist, in der Demelius eine Fiction erblicken wollte, und für die Unger den Ausdruck deklaratorische und terminologische Fiction vorschlägt. Ich halte weder die Vertauschung meines Ausdrucks „historisch" durch „praktisch" für glücklich — denn ersterer erinnert stets an das Motiv, dem die Fictionen ihren Ursprung verdanken: die historische Verknüpfung des Neuen mit dem Alten, und an ihre passagere historische Bedeutung, während letztere ihnen den Schein einer praktischen Berechtigung zugesteht, die sie nicht haben — noch auch kann ich mich entschließen, in einer bloßen Redewendung, wie wir sie im täglichen Leben unausgesetzt benutzen, einen technisch-juristischen Begriff zu erblicken.

423) Keller, Civilproceß §. 25 Note 298 (Aufl. 3 S. 98). Was Demelius S. 51 fl. dagegen einwendet, hat mich nicht überzeugt.

424) Beispiele der ersten Art bei Gaj. IV. 37: Si paret ... furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset,

Digitized by Google

Ueber den angeblichen hiſtoriſchen Urſprung der Fiction auf dem Gebiet des geiſtlichen Rechts habe ich mich ſchon oben (S. 288) ausgeſprochen. Ihr ſpäteres Schickſal war ganz das des Scheingeſchäfts, ſie ſtarb nach und nach ab, und mit dem Bedürfniß verlor ſich auch das Verſtändniß; die vereinzelten Spuren, die Juſtinian noch vorfand, regten die ganze Galle ſeines Unmuths und ſeiner Entrüſtung über eine ſo unſinnige Verirrung des Alterthums in ihm auf, und er rottete ſie mit Stumpf und Stiel aus.[425]) Was die älteſte Jurisprudenz mit dem unbeholfenen Mittel des Scheingeſchäfts, die mittlere mit dem ſchon etwas gelenkigeren der Fiction, das beſchaffte die klaſſiſche in der höchſten und letzten Form: der analogen Ausdehnung.

---

pro fure damnum decidere oporteret etc. Beiſpiele der zweiten bei Gaj. IV. 34: Si A. A. Lucio Titio heres esset, tum si eum fundum, de quo agitur, ex jure quiritium ejus esse oporteret.

425) z. B. L. 30 Cod. de jure dot. (5. 12): ficti divortii falsa simulatione stirpitus eruenda. L. 37 Cod. de donat. (8. 54), L. 4 Cod. de bonis lib. (6. 4) (aus den Baſiliken: L. 28 de jure patron. 49. 1) ed. Kriegel §. 21, 26: antiqua simulatio et observatio, qua fingebamus patroni filiam esse filium, sublata sit . . . ex machinatione quadam in veteribus libris. Ob Juſtinian es verſtanden haben würde, wenn einer der alten Juriſten ſich zu ſeiner Entſchuldigung auf Juſtinians eigene Worte in §. 25 dieſes Geſetzes: tanquam si contracta fiducia emancipatio facta fuisse videretur (wiederholt in §. 8 I. de leg. agn. succ. 3. 2) oder auf L. 2 §. 1 Cod. de const. pec. (4. 18): ita omnes res veniant in constitutam actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia substituta berufen haben würde? Der Kobold der Fiction rächt ſich oft bitterlich an denen, die ihn verfolgen!

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte des älteren Privatrechts.

Die Aufgabe.

Historischer Charakter der Grundbegriffe des älteren Rechts — ihre Veränderlichkeit. — Die wahren Quellen derselben. — Ueberschätzung des logischen Elements im Rechte.

Non ergo a Praetoris edicto neque a XII tabulis, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam.

Cic. de legib. I. Cap. 5.

LIX. Die Aufgabe des ersten Abschnitts bestand darin, diejenigen Erscheinungen, Gedanken und Gesetze darzulegen, die sich mehr oder weniger auf allen Gebieten des Rechts wiederholten. Den Gegenstand des gegenwärtigen Abschnitts bilden die Rechte des älteren Privatrechts. Der Verlauf unserer Darstellung hat uns zwar bereits manche Züge zur Signatur derselben geliefert, theils Einzelheiten, theils allgemeine Ideen, allein die bisher entwickelten universellen Gesichtspunkte reichen nicht aus, um das eigenthümliche Wesen und den Gedankengehalt der Rechte zu erschöpfen, es bleibt noch ein beträchtlicher Rest zurück, dessen wir uns nur auf dem Wege einer ausschließlich diesem Gegenstand zugewandten Untersuchung bemächtigen können.

Es ist ein wunderbares Ding um diesen Bestandtheil des älteren Systems. Der alte Proceß ist in der späteren Zeit spur-

Digitized by Google

los untergegangen, das alte Rechtsgeschäft mit seinen Formen und strengen Grundsätzen ist verschwunden, aber über die Rechte des alten Vermögensrechts scheint der Wechsel der Dinge keine Macht gehabt zu haben; noch bis auf den heutigen Tag operiren wir mit denselben Begriffen des Eigenthums, Besitzes, der Servitut, Obligation, der erbrechtlichen Universalsuccession, des Legats, die bereits vor zweitausend und mehr Jahren den altrömischen Juristen dienten. Hat die Zeit keine Gewalt über sie, sind sie für die Ewigkeit gemacht — unvergänglich und unveränderlich, weil absolut wahr? Oder haben auch sie sich dem Wechsel der Dinge und Ansichten gefügt, und ist es vielleicht nur die Gleichheit des Namens, die uns die Aenderung der Sache selber übersehen läßt, nur dieselbe Schale, aber mit anderem Kern?

Unsere Wissenschaft ist auf diese Frage die Antwort schuldig geblieben. Zwar die Veränderungen, die mit all' jenen Instituten im Lauf der Zeit vor sich gegangen, hat sie getreulich registrirt, aber ob diese Veränderungen das juristische Wesen, den Begriff der Rechte getroffen oder nicht, darüber erwartet man vergebens von ihr eine Auskunft. Und doch braucht man nur einige dieser Veränderungen ins Auge zu fassen, um sich von der Verschiedenheit des Einflusses, den sie in dieser Beziehung ausgeübt haben, zu überzeugen. Die Aufhebung der in jure cessio und mancipatio, die Erweiterung der Usucapionsfristen durch Justinian und eine Reihe anderer Veränderungen auf dem Gebiet des Eigenthumsrechts waren für das praktische Leben und die Theorie des Eigenthums von höchster Wichtigkeit, allein der Begriff des Eigenthums oder auch nur des Eigenthumserwerbs erlitt dadurch nicht die geringste Modification, alle diese Neuerungen trafen lediglich die legislative oder ökonomische Brauchbarkeit des Instituts, nicht sein Wesen; die ursprüngliche Anlage desselben wird dadurch im Mindesten nicht berührt, der Begriff des römischen Eigenthums blieb unverändert. Für die Geschichte des Vormundschaftsrechts ist die Einführung der Dativtutel (tutor Atilianus) ohne alles und jedes begriffliche Interesse, dagegen

Digitized by Google

bezeichnet das Umſchlagen der Tutel aus einem perſönlichen Gewaltverhältniß („jus ac potestas in capite libero") in ein Obligationsverhältniß eine begriffliche Entwicklungsphaſe, der ſich keine von allen Veränderungen, die mit dieſem Inſtitut ſonſt vor ſich gegangen ſind, an die Seite ſtellen läßt. Am lehrreichſten in dieſer Beziehung iſt das Erbrecht. Alle Umgeſtaltungen, denen die römiſche Teſtamentsform im Lauf der Zeit unterlag: die Verdrängung des Comitialteſtaments durch das Mancipationsteſtament, die Einführung der ſchriftlichen, d. i. geheimen Errichtungsform neben der früheren ausſchließlich mündlichen, die Aufſtellung der privilegirten Teſtamentsformen gaben der Teſtirfreiheit eine nicht hoch genug anzuſchlagende Erweiterung, aber an dem Begriff des Teſtaments[426]) änderten ſie nicht das Allermindeſte; letzteres blieb, was es von jeher geweſen: eine einſeitige Verfügung des Erblaſſers über die Erbſchaft. Das Codicill dagegen und der Erbvertrag des heutigen Rechts haben eine begriffliche Aenderung der weſentlichſten Art zur Folge gehabt, erſteres, indem es den bis dahin unbekannten Begriff des erbrechtlichen Singulargeſchäfts (S. 147), letzteres, indem es den Vertrag ins Erbrecht einführte. Von den XII Tafeln bis auf Juſtinian iſt das Inteſtaterbrecht in ſeinen ganzen Grundlagen umgeſtaltet worden, aber ich möchte wiſſen, ob die Definition desſelben auch nur um ein Wörtchen anders gefaßt werden müßte, als in älteſter Zeit; der Begriff der Inteſtaterbfolge iſt ganz der alte geblieben. Dagegen hat Juſtinian durch ſeine Verordnung über die Antretung der Erbſchaft unter der Rechtswohlthat des Inventars mit einem Federſtrich die Idee der erbrechtlichen Succeſſion

426) Vorausgeſetzt nämlich, daß man rückſichtlich des Comitialteſtaments die gewöhnliche Anſicht theilt, der zufolge das Volk dabei nicht abzuſtimmen, ſondern einfach als Zeuge zu fungiren hatte. Wer mit mir das Gegentheil annimmt, wird in dem Uebergang zum Mancipationsteſtament eine höchſt weſentliche Begriffsalteration des Teſtaments erblicken müſſen — den Umſchlag des von der Befolgung der Inteſtaterbfolge im einzelnen Fall dispenſirenden Geſetzes in ein gewöhnliches Rechtsgeſchäft.

Digitized by Google

in einer Weise alterirt, gegen die hunderte von sonstigen Aenderungen in dieser Beziehung nicht in Betracht kommen. Der Begriff des Erben, der (von dem besonderen Recht der Soldaten abgesehen) ein Jahrtausend lang unverändert derselbe geblieben war, ist damit ein völlig anderer geworden. Für die Geschichte des Universalfideicommisses machten in praktischer Beziehung das SC. Trebellianum und Pegasianum in gleicher Weise Epoche, aber für die begriffliche Entwicklung dieses Instituts hat letzteres gar keine Bedeutung, das Universalfideicommiß als selbständiger erbrechtlicher Begriff verdankt seinen Ursprung lediglich dem ersteren.

Wie nun? Sind die Begriffe in Wirklichkeit noch dieselben, nachdem sie eine solche Umgestaltung erfahren haben? Verändern sie sich nicht täglich unter unseren Augen? Ist der Begriff der römischen Obligation heutzutage noch derselbe, wie zur Zeit der klassischen römischen Juristen? Man denke an die Papiere auf den Innehaber, die Reallasten, die Auslobungen, um sich von dem gewaltigen Umschwung zu überzeugen, der mit diesem Begriff vor sich gegangen ist. Und ähnliche Erscheinungen wiederholen sich auf allen Gebieten. Wer kann unsere heutigen Hypothekenbriefe und Handfesten juristisch begreifen, wenn er an dem römischen Begriff des Pfandrechts als eines Rechts an *fremder* Sache festhält, wie ließe sich die Uebertragung der Papiere auf den Inhaber unter den römischen Begriff der Cession bringen?

Kurz die juristischen Grundbegriffe verändern sich im Lauf der Zeit eben so gut, wie die Rechtssätze, und sie *müssen* es, denn sie sind ja keine bloßen logischen Kategorien, sondern die Concentrationsform materieller Rechtssätze, die Rechtssätze aber wechseln mit den Verhältnissen und den Bedürfnissen des Lebens. An die Unveränderlichkeit der römischen Rechtsbegriffe zu glauben ist eine völlig unreife Vorstellung, die von einem gänzlich unkritischen Studium der Geschichte zeugt.

Was aber in die Zeit fällt, *nachdem* es entstanden, ist auch in die Zeit gefallen, *als* es entstand, m. a. W. dieselben *histo-*

Digitized by Google

rischen Einflüsse, denen jene Grundbegriffe im Fortgang ihrer Geschichte ausgesetzt gewesen sind, werden sich bereits bei ihrer ursprünglichen Bildung thätig erwiesen haben. Der Historiker würde ihnen gegenüber seine Aufgabe verfehlen, wollte er sich einfach dabei beruhigen, daß sie gegebene Thatsachen des römischen Lebens seien, deren Ursprung in undurchdringliches Dunkel gehüllt sei, unmittelbare Offenbarungen, an denen das menschliche Denken und Wollen keinen Antheil gehabt hätte, Producte einer geheimnißvoll schaffenden Naturkraft. Eine solche Auffassung, so gern sie sich den Schein der ehrfurchtsvollen Scheu vor dem, „was die Geschichte bedeckt mit Nacht und Grauen", zu geben versucht, entwürdigt den Menschen und erniedrigt das Recht. Denn das Recht ist keine Pflanze, sondern ein Stück menschlichen Denkens und Empfindens und der Niederschlag praktischer Strebungen und Erfahrungen; zu den Aufzeichnungen, die es enthält, müssen das menschliche Herz und der Verstand den Schlüssel liefern. Vermögen uns also jene Grundbegriffe auf die Frage nach dem: Woher und Warum? keine befriedigende Antwort zu geben, ist all' ihr Ansehen nur ein erschlichenes, so sind sie in unsern Augen nichts als ein uns durch die Macht historischer Verhältnisse auferlegtes Joch, dessen wir uns so bald wie möglich zu entledigen haben, ihre Autorität ist keine andere als die einer leidigen Thatsache, der jede neue Thatsache die ihrige entgegensetzen kann.

Der gegenwärtige Abschnitt soll den Versuch machen, die alten Rechtsbegriffe zum Sprechen zu bringen, sie zur Antwort auf jene Frage veranlassen, indem er sie künstlich wiederum in Fluß versetzt, sie zurückführt auf die Urfubstanz von Ideen, Anschauungen, Erwägungen, Zwecken, aus denen sie hervorgegangen sind, indem er die Gesetze ermittelt, nach denen sie sich zu festen Formen zusammengefügt haben, kurz er soll sie gewißermaßen ihren ursprünglichen Bildungs- und Krystallisationsproceß von neuem vor unseren Augen bestehen lassen. Ob diese Aufgabe mehr verwegen, als lösbar, darüber will ich Jedem seine Zweifel zu gute halten, jedenfalls ist sie eine der anziehendsten und dankbarsten,

Digitized by Google

denen ich im ganzen Verlauf meines Werkes begegnet bin. Es hat einen Reiz für mich, dem ich Nichts an die Seite zu stellen wüßte, dem menschlichen Geist nachzuschleichen auf den dunklen Pfaden seiner vorhistorischen Thätigkeit, die verfallenen und verschütteten Schachte, die er in den Schoß der Erde getrieben, aufzudecken und damit den Beweis zu liefern, daß an diesen Stellen bereits vor Jahrtausenden rege Arbeit und umsichtiges, planvolles Schaffen geherrscht hat, daß diese unterirdische Welt, dieser Unterbau des gesammten Rechts nicht das Werk einer blind waltenden Naturkraft, sondern das Verdienst und die freie That des denkenden Geistes ist. Je mehr die elementare Art der Arbeit und der Oberbau, der sie unserem Auge entzieht, den entgegengesetzten Schein hervorzurufen vermag, und je mehr es bisher versäumt worden ist, in diese Tiefen hinabzusteigen, um so lohnender ist es, wenn es gelingt, dem menschlichen Geist zurückzuerobern, was sein eigenes Werk ist. Davon wird uns auch der Umstand nicht abhalten dürfen, daß die römischen Juristen selber bis zu diesen Tiefen nicht hinabgestiegen sind, daß sie sich, um im Bilde zu bleiben, auf den Tagbau, d. i. auf die offen zu Tage liegenden praktischen Partien des Rechts beschränkt haben — ein Beispiel, das leider von uns Neueren nur zu getreulich befolgt worden ist. In der Weise der römischen Juristen lag es einmal nicht, auf dem Wege historischer oder rechtsphilosophischer Untersuchung bis zu den letzten Quellen des Rechts zurückzusteigen oder auch nur einmal den Apparat, mit dem sie arbeiteten, ihre allgemeinen Anschauungen und ihre Methode zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. Selbst eine Kritik des bestehenden Rechts vom legislativ-politischen Standpunkt aus sucht man bei ihnen vergebens, Wissen und Urtheil war bei ihnen in dem Maße eins und in dem Maße lebendiges Stück von ihnen selbst, daß sie gar nicht auf die Idee kamen, sich, wie es ja bei der Kritik nöthig ist, mit ihrem Denken künstlich aus der Sache zurückzuziehen, sie zu isoliren und objektiviren und sich ihr als unbefangener Beobachter gegenüber zu stellen. Aber für alles das,

Digitized by Google

was sie verabsäumt haben, findet der, welcher richtig sucht, das Material, es nachzuholen.

Hat denn aber unsere moderne Jurisprudenz dies nicht bereits längst gethan? An Zeit hat es ihr doch wahrlich nicht gefehlt! Ich muß mir gefallen lassen der Anmaßung bezichtigt zu werden, aber ich kann nicht anders als sagen: in dieser Richtung hat sie so gut wie Nichts geleistet. Es hat mich bei den Untersuchungen, die ich im Folgenden anstellen werde, kaum je das Gefühl verlassen, daß ich meinen Fuß auf völlig unbetretenes Land setzte, daß hier Lager verborgen liegen, von deren Reichthum wir bisher kaum eine Ahnung gehabt, und von denen es mir begreiflicherweise nur beschieden sein wird, den kleinsten Theil zu heben und auch diesen sicherlich versetzt mit vielen Schlacken. Die historische Jurisprudenz hält regelmäßig ihre Aufgabe für gelöst, wenn sie das Aeußere der historischen Erscheinung ermittelt hat; wo die Quellen aufhören, glaubt auch sie aufhören zu müssen, über das Aeußere gehen aber, wie bemerkt, die Quellen selten hinaus. Der Rechtsphilosophie dagegen, welche den Beruf gehabt hätte ins Innere zu dringen, ist jene Aufgabe zu concret historisch gewesen, jedenfalls kann man dem Philosophen von Fach keinen Vorwurf daraus machen, daß er sich rücksichtlich des positiven und juristischen Materials auf den Juristen verläßt. Diese Abhängigkeit hat freilich für die Rechtsphilosophie böse Früchte getragen. Der geistige Bann, mit dem das römische Recht uns positive Juristen so leicht bestrickt, hat in seinen Wirkungen sich auch auf sie erstreckt, indem sie Begriffe, denen der Romanist einmal gewohnt ist eine absolute Wahrheit zuzuschreiben, wie z. B. dem des römischen Eigenthums, unbesehen als vollgültige Münze entgegennahm.[426a]) Diesen Bann

426a) So selbst bei Trendelenburg, der sich im übrigen durch Selbständigkeit des Urtheils auszeichnet, s. dessen Naturrecht, Aufl. 2 S. 211: „Aus dem Begriff des Eigenthums folgt unbeschränkter Anspruch an die Sache, die Eigenthum ist, in welcher Hand sie sich auch finde." Das ist nichts als eins von den dem Romanisten zum Axiom gewordenen Vorurtheilen; der beste Gegenbeweis besteht darin, daß unsere modernen Rechte Formen

Digitized by Google

zu brechen, das Hiſtoriſche, Römiſche, das durch Zweckmäßigkeitsrückſichten oder andere Einflüſſe Bedingte in dieſen Begriffen nachzuweiſen und damit einen Maßſtab zu gewinnen für ihren Werth, iſt eine der Hauptaufgaben der folgenden Unterſuchungen. Machen wir uns zunächſt klar, worauf der Bann beruht.

Er läßt ſich mit einem Worte bezeichnen. Es iſt das Blendwerk der juriſtiſchen Dialektik, welche dem Poſitiven den Nimbus des Logiſchen zu geben verſteht, welche, indem ſie das Vorhandene vor unſerem Urtheil als vernünftig zu rechtfertigen ſucht, dabei nicht den Weg einſchlägt, daß ſie die hiſtoriſche, praktiſche oder ethiſche Berechtigung oder Nothwendigkeit desſelben nachweiſt, ſondern den, daß ſie mit Hülfe von Geſichtspunkten, die erſt für dieſen Zweck erfunden ſind, die logiſche Nothwendigkeit desſelben darzuthun verſucht. Es hat allerdings etwas höchſt Verlockendes, ja man möchte ſagen, es iſt eine im Weſen der Jurisprudenz ſelber tief begründete Verſuchung, daß ſie den realen Mächten gegenüber, mit denen ſie ſich in die Schöpfung des Rechts zu theilen hat, die Autonomie ihres eigenen juriſtiſchen Denkens zur möglichſten Geltung zu bringen und auch das Poſitive zur idealen Höhe einer logiſchjuriſtiſchen Wahrheit zu erheben verſucht. Gerade in der Gegenwart hat dieſe Richtung einen höchſt bedenklichen Grad erreicht — bedenklich aus dem Grunde, weil dieſe Scheinbegründung, dieſe logiſche Selbſttäuſchung von den wahren Quellen, in denen allein die letzten Gründe der Rechtsſätze zu ſuchen ſind, und damit vom wahren Verſtändniß des Rechts abführt. Sollte man doch nach manchen neueren Erſcheinungen faſt glauben, als ſei das Recht im Weſentlichen nichts als eine Schöpfung der juriſtiſchen Dialektik, zu deren Verſtändniß praktiſche Anſchauungen überhaupt nicht nöthig ſeien, ein Tummel-

---

des Eigenthums kennen, denen dieſe abſolute Verfolgbarkeit fehlt, und auch das Eigenthum an der res nec mancipi war (römiſch) in älteſter Zeit nicht mit der reivindicatio verbunden, ſondern lediglich durch verſchiedene Diebſtahlsklagen geſchützt, erſt ſpäter wurde die reiv. von der res mancipi auf ſie übertragen. Darüber das Nähere in der zweiten Abtheilung dieſes Abſchnitts.

Digitized by Google

platz für die Akrobaten ſcholaſtiſcher Spitzfindigkeit. Geblendet durch den Glanz des Logiſchen, der das römiſche Recht bedeckt und Jedem, der ſich ihm naht, zuerſt in die Augen fällt, wird das Wahrnehmungsvermögen des Auges, wenn nicht die friſche Luft des Lebens es wieder kräftigt, nur zu leicht für alles andere abgeſtumpft; ſtatt der wirklichen Welt, in der die realen Mächte des Lebens regieren, erblickt es ausſchließlich nur noch die Fata Morgana einer Welt, in welcher der abſtrakte Gedanke das Scepter führt. Da ſchwingt ſich denn der Begriff zur Rolle des Demiurgen auf; Er hat die Welt des Rechts gemacht, er regiert ſie. An die Stelle der realen Kräfte, welche im Schoße des Rechts walten, ſetzt ſich die Dialektik des Begriffes; was *jene* geſchaffen und hervorgebracht, gibt ſie für *ihr* Werk aus, indem ſie, je nachdem es poſitiver oder negativer Art iſt, das eine als logiſch *nothwendig*, das andere als logiſch *unmöglich* deducirt. Die Stellvertretung und die Uebertragung bei Obligationen iſt ausgeſchloſſen, weil der Begriff der Obligation ſie nicht verſtattet,[427]) der Erblaſſer kann nicht zum Theil aus dem Teſtament, zum Theil nach Inteſtaterbrecht beerbt werden, weil die teſtamentariſche und Inteſtaterbfolge logiſch incompatible Begriffe ſind,[428]) „aus der in dem Begriff des Erbrechts liegenden unmittelbaren Nachfolge ergibt ſich, daß nur eine Perſon erbberechtigt ſein kann, welche zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſchon concipirt war“,[428a]) die Specification muß Eigenthum geben, ohne daß die bona oder mala fides darauf von Einfluß wäre, weil der Begriff dies verlangt, und ſelbſt der Eigenthumserwerb an der insula in flumine nata und am alveus derelictus iſt durch zwingende begriffliche Gründe ins Leben gerufen.[429])

---

427) *Puchta*, Pandekten §. 273 . . „nicht in einer Singularität des römiſchen Rechts, ſondern im *Weſen* der Obligationen gegründet.“ §. 280.

428) Ueber den praktiſchen Grund dieſes Satzes habe ich mich ſchon oben S. 149 ausgeſprochen.

428a) *Puchta* §. 450.

429) Ueber die beiden letzten Beiſpiele ſ. *Puchta* §. 154, 165. Andere

Digitized by Google

Alle dieſe und ähnliche Sätze waren alſo bloß der Logik wegen adoptirt? Wie nun, wenn es einem neueren Geſetzgeber gefiele, gerade das Gegentheil feſtzuſetzen? Dann würde er ſich gefallen laſſen müſſen, daß wir ihn der „Willkür" bezichtigten und ſeine Begriffe als „monſtröſe" bezeichneten.[430]) Die directe Stellvertretung des heutigen Rechts, die Papiere auf den Innehaber, die Pfandrechte an eigener Sache (Handfeſten, Hypothekenbriefe) und eine Menge anderer moderner Begriffe — ſie alle alſo wären logiſche Mißbildungen? Anſtatt freudig in ihnen eine Erweiterung

---

bieten ſich ungeſucht in Menge. So iſt es z. B. nicht möglich, daß der Pfandbeſteller ſich für eine erſt demnächſt zu beſtellende Hypothek die Priorität reſervirt, weil „ein leerer Raum durch Privatbeſtimmung nicht begründet werden kann, indem dies dem Weſen des Pfandrechts entgegenſtände", Dernburg Röm. Pfandrecht II. S. 415. Ebenſo undenkbar iſt es nach Bremer Hypothek und Grundſchuld, Göttingen 1869 S. 36, daß „ſo lange das Alleineigenthum beſteht, ein ideeller Theil verpfändet werde, eben weil es unter dieſer Vorausſetzung keine partes pro indiviso gibt". Bei Arnold, der doch im übrigen für den Einfluß des wirthſchaftlichen und ethiſchen Elements ein offenes Auge bewährt hat, findet ſich ſogar die allgemeine Bemerkung (Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 321), daß die „merkwürdigen Gegenſätze des römiſchen und deutſchen Rechts ſicherlich zum großen Theil dieſem logiſchen Element ihre Entſtehung verdanken." — In Puchta zählt die oben geſchilderte Richtung ihren namhafteſten Repräſentanten und, wenn ich nach eigener Erfahrung urtheilen darf, ſo hat gerade ſein Beiſpiel auf Manche einen verführeriſchen Einfluß ausgeübt. Wir dürfen hoffen, daß dieſe ungeſunde Richtung — ich kann ſie nicht anders bezeichnen —, dieſer Götzencultus des Logiſchen, ihren Höhenpunkt bereits erreicht hat, wenigſtens möchte es ſchwer ſein, die in dieſer Richtung begangenen Exceſſe noch zu überbieten. Dieſelben haben aber doch das Gute gehabt, daß ſie Jedem, der ſeine Augen noch nicht völlig verloren hat, dieſelben geöffnet haben.

430) Puchta a. a. O. §. 135 Note c. §. 202 Note 1. Die Beſtimmung des kanoniſchen Rechts, die Puchta an der erſten Stelle ſo hart tadelt („Bahn der Willkür"), weil ſie zu ſeiner Vorſtellung vom Beſitz nicht paßt, ſetzt in Wirklichkeit für den Fall der Gewalt nichts anderes feſt, als was das römiſche Recht mittelſt der actio quod metus causa für den des Zwanges angeordnet hatte, woran weder Puchta ſelber, noch irgend ein Anderer Anſtoß genommen! So abhängig iſt unſer Maßſtab über das „Willkürliche" vom römiſchen Vorurtheil!

Digitized by Google

unseres Vorstellungsvermögens zu begrüßen, sollen wir, weil unsere lahme Logik über die Begriffe des römischen Rechts nicht hinaus kann, ihnen das Stigma des Unjuristischen aufprägen, eingestehen, daß wir alles, was nicht römisch ist oder sich nicht über den römischen Leisten schlagen läßt, nicht zu begreifen vermögen, gleich als enthielte das römische Recht den für alle Zeiten gültigen Kanon des juristisch Denkbaren? Das heißt die Unmündigkeitserklärung der heutigen Wissenschaft oder, was dasselbe, wissenschaftliche Bankerotterklärung!

Sprengen wir die Fesseln, in denen der Irrwahn uns gefangen hält.[431]) Jener ganze Cultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postulirt, hat zu geschehen, möge es logisch deducirbar oder unmöglich sein. Die Römer hätten verdient in Abdera zu wohnen, wenn sie es

---

431) Ich muß es mir versagen, bei dieser Gelegenheit nachzuweisen, wie sehr derselbe unsere ganze Anschauungsweise und unsere Methode der dogmatischen Behandlung beherrscht. Wie selten operiren wir mit dem legislativen Zweck des Instituts, wie häufig mit einem abstracten Gesichtspunkt, der demselben geradezu widerstreitet. Man denke z. B. an die Klagverjährung, wo Manche mittelst des Gesichtspunktes der Nativität der Klage in einigen Fällen geradezu zu unverjährbaren Klagen gelangen oder die Vertheidiger der Fortdauer einer (bedingt erzwingbaren) obl. naturalis sich kaum die Frage aufwerfen, wie diese Ansicht zu dem ausgesprochenen Zweck der Klagverjährung stimme. Ich selber will mich von diesem Vorwurf übrigens keineswegs freisprechen, bin mir vielmehr sehr wohl bewußt, daß ich in früherer Zeit, als ich noch mehr unter dem Einfluß Puchta's stand, in dieser Richtung eben so viel gesündigt habe, wie irgend ein Anderer. [Zusatz zur vierten Auflage.] Dem Angriff, den ich in der obigen Ausführung vor zwanzig Jahren gegen die ungesunde logische Richtung in unserer Wissenschaft unternommen habe, habe ich inzwischen in „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz" 3. Aufl. 1884 einen anderen folgen lassen, bei dem ich von den Waffen des Spottes und der Satire einen ausgiebigen Gebrauch gemacht habe.

Digitized by Google

je anders gehalten und die Intereſſen des Lebens der Schuldialektik zum Opfer gebracht hätten.

Aber, wird man mir einwenden, die römiſchen Juriſten ſelber operiren doch nicht ſelten mit dem Geſichtspunkt der logiſchen Nothwendigkeit und Unmöglichkeit. Gewiß! Allein welche Bewandtniß hatte es damit? Für den Schulgebrauch iſt es ganz bequem, ſtatt der ausführlichen Darlegung der Verhältniſſe oder der praktiſchen Gründe, denen ein Rechtsſatz wirklich ſeinen Urſprung verdankt, einen Geſichtspunkt auszudenken, dem er ſich als logiſche Conſequenz unterordnet, er gewinnt damit einen gewiſſen Nimbus und prägt ſich leichter dem Gedächtniß ein, und in dieſem Sinn wollen wir uns derartige Deductionen der römiſchen Juriſten gern gefallen laſſen. Nur verlange man nicht, daß wir in den Geſichtspunkten, die ſie zu dem Zweck hie und da aufſtellen, den wirklichen Grund der Rechtsſätze und Begriffe erblicken.[431a]) Es ſind Rechenpfennige, Zahlmarken — ganz geeignet für den Zweck, dem ſie dienen ſollen, aber nicht wirkliches Geld. Immerhin möge alſo Pomponius den Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest aus der natürlichen Unvereinbarkeit der beiden Begriffe der teſtamentariſchen und Inteſtaterbfolge erklären,[432]) nur ſoll uns Niemand glauben machen, daß ein Geſichtspunkt, der erſt jenem Satz zu Liebe erfunden iſt,

---

431a) Dieſelben ſtreifen mitunter geradezu aus Wunderliche, ſo z. B. der „motus naturalis arboris“ in L. 7 de S. P. U. (8. 2), die Begründung des Erforderniſſes der gleichzeitigen Exiſtenz des Erblaſſers und Inteſtaterben aus dem Begriff der Verwandtſchaft in §. 8 I. de her. ab int. (3. 1). Selbſt ein Paulus ſcheute ſich nicht, in L. 14 pr. de Serv. (8. 1) die Ausſchließung der Uſucapion bei den Servituten damit zu erklären, daß „nemo tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur“ — ein Grund, der die Uſucapion bei abweſenden Grundſtücken ebenfalls ausſchließen würde, denn auch auf ihnen iſt ja der Beſitzer nicht unausgeſetzt anweſend!

432) L. 7 de R. J. (50. 17) . . earumque rerum naturaliter inter se pugna est. Beim Soldatenteſtament ſetzte man ſich bekanntlich über dieſe naturalis pugna hinweg — dem Soldaten iſt ja die pugna nichts Fremdes!

Digitized by Google

und auf den kein Menſch verfallen ſein würde, der den Satz ſelber nicht gekannt hätte, den hiſtoriſchen Grund desſelben enthalte. Sich bei einem ſolchen Geſichtspunkt beruhigen, und gar alle Kunſt der Dialektik und den frommen Wahnſinn der Myſtik in Bewegung ſetzen, um ihn zu rechtfertigen, gleich als hätten die ungeſunden Speculationen eines modernen Theoretikers im Kopfe eines alten Römers Platz finden können, heißt ſeinen Verſtand und Glauben für ein Billiges dahingeben. So mag immerhin ein anderer römiſcher Juriſt die Specification durch den Geſichtspunkt der Herrenloſigkeit der Sache motiviren.[433]) Wer ſich damit abfinden läßt, der verſchließt ſich die Einſicht in das wahre Weſen der Specification. Nicht weil die neugebildete Sache in dieſer ihrer jetzigen Geſtalt noch nicht da war und keinen Herrn hat, fällt ſie dem Specificanten zu — dann müßte auch die bloße Zerſtörung der Sache Eigenthum geben, und der Cocon müßte herrenlos werden, weil er etwas Anderes iſt als die Seidenraupe —, ſondern weil ſie aus zwei Elementen gebildet iſt, von denen jedes einen Anſpruch auf Schutz verdient: Stoff und Arbeit. Eine wirthſchaftlich unentwickelte Zeit mag den Ausſchlag für den Stoff geben, — ihr wird die Theorie der Sabinianer (Gaj. II. 79) als die natürliche, richtige erſcheinen, eine Zeit, in der Gewerbe, Handel und Induſtrie blühen, kann dies nicht, ohne die Intereſſen des Verkehrs Preis zu geben — der Fabrikant, Handwerker, Kaufmann wird ſich für die Theorie der Prokulejaner entſcheiden. In demſelben Maße, in dem die Arbeit ſelber ſich entwickelt, entwickelt ſich auch das Verſtändniß für das Recht der Arbeit.

So möge ferner die juriſtiſche Logik uns immerhin deduciren: die Früchte, die der gutgläubige Beſitzer auf fremdem Grund und Boden baut, müßten eigentlich dem Eigenthümer gehören. Der altrömiſche Bauer wußte den Werth und das Recht der Arbeit beſſer zu würdigen, er ſprach das Eigenthum demjenigen zu, der die Mühe davon gehabt hatte.

---

433) L. 7 §. 7 de acq. dom. (41. 1).

Digitized by Google

Wenn nun in diesem und so manchen anderen Verhältnissen die Logik verlassen ist, welche Bewandtniß wird es mit denjenigen haben, in denen sie befolgt ist? Ich denke, in beiden Fällen ganz dieselbe, nämlich das praktische Bedürfniß oder das Rechtsgefühl hat den Ausschlag gegeben, und die Logik hat sich ihren Aussprüchen gefügt.[433a]) So bei den Römern, so bei uns. Wäre das Bedürfniß nach Stellvertretung im alten Rom bereits dringend genug gewesen, um die Bedenken zu überwinden, die ihr in praktischer Beziehung entgegenstehen,[434]) so würden dieselben Personen, die heutzutage die logische Unmöglichkeit der directen Stellvertretung deduciren, das gerade Gegentheil: die logische Nothwendigkeit derselben beweisen, und mit der angeblichen logischen Undenkbarkeit der Uebertragung von Forderungen würde es sich, wenn das römische Recht sich von Anfang an für die Uebertragbarkeit der Forderungen entschieden hätte, nicht anders verhalten. Kurz diese juristische dialektische Methode ist um kein Haar besser als die von Hegel; an die Stelle der realen Motive, welche die Welt regieren: die ethischen, psychologischen, wirthschaftlichen, legislativpolitischen setzt sie die juristischen Kategorien der Person, Sache, Handlung u. s. w.; ihre vermeintliche logische Nothwendigkeit ist ganz wie bei Hegel der getreue Schatten der Wirklichkeit; weil es ihr ein Leichtes ist, ihn vorausfallen zu lassen, will sie uns glauben machen, er sei es, der vorangehe, und dem die Wirklichkeit folgen müsse!

433a) Man vergleiche beispielshalber folgende Fälle: L. 8 de nox. act. (9. 4), wo der Jurist sich das Bedenken wegen der Unmöglichkeit der Klage damit zurückweist: quod si non potest, evidenti injuria afficietur — Möglichkeit des Vorbehalts des Pfandrechts bei der Novation — L. 1 §. 1 si is qui test. (47. 4) u. a. m.

434) Aus diesen Gründen ist sie z. B. auch vom türkischen Recht ausgeschlossen worden, Nic. von Tornauw, Das moslemitische Recht, S. 95. — Die rein logische Betrachtung der Stellvertretung wird noch eifrig verfochten von Thöl Handelsrecht §. 25, der im Text dagegen eingelegte Widerspruch hat Nachfolge gefunden bei Endemann Handelsrecht S. 129, Laband in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsr. X. S. 184 fl., Unger, Verträge zu Gunsten Dritter, S. 12.

Digitized by Google

In diesem Sinne habe ich die folgenden Untersuchungen angestellt. Ich bin davon ausgegangen, daß die letzten Quellen der römischen Rechtsbegriffe in psychologischen und praktischen, ethischen und historischen Gründen gesucht werden müssen, daß aber die juristische Intuition: die Ueberzeugung von dem unmittelbaren logischen Dasein eines Begriffs keinem einzigen derselben das Leben gegeben habe, ja daß die juristische Dialektik selbst in der Richtung, wo sie scheinbar völliger Selbständigkeit genoß, nämlich wo sie die Consequenzen der gegebenen Begriffe und Principien aufzudecken hatte, sich wesentlich durch die praktische Angemessenheit des Resultats hat leiten lassen. Gar manches von demjenigen, was die römischen Juristen uns vortragen, erscheint im Gewande einer bloßen Consequenz, was doch in Wirklichkeit eine selbständige Lebensberechtigung in sich trug, und was, wenn die Jurisprudenz es nicht auf dem Wege der Schlußfolgerung hätte gewinnen können, auf unmittelbare Weise hätte beschafft werden müssen.

Der gegenwärtige Abschnitt zerfällt in zwei Abtheilungen, von denen die erste die allgemeine Theorie der Rechte zum Gegenstande hat. Sie soll die Frage beantworten: auf welchen Momenten beruhte der Begriff des Rechts nach römischer Auffassung, wie dachte sich der Römer die Beziehung des Rechts zum Subject, worauf basirte er das Dasein des Rechts, wonach bemaß er die absolute oder relative Richtung desselben u. s. w.

Bei dieser ganzen Untersuchung, die ich als eine Materialkritik der römischen Rechtstheorie bezeichnen kann, werde ich mich keineswegs auf das ältere Recht beschränken, denn das Meiste von demjenigen, was wir hier finden werden, hat auch für das neuere seine Geltung beibehalten; soweit dies nicht der Fall, werde ich im dritten System darauf zurückkommen. Dagegen habe ich es nicht für nöthig gehalten, den Stoff zu erschöpfen, es genügte ein Maß der Ausführlichkeit, welches ausreicht, den allgemeinen Gesichtspunkten die erforderliche Deutlichkeit und Anschaulichkeit zu geben; die Anwendung auf übergangene Verhältnisse kann Jeder selber machen.

Digitized by Google

Die zweite Abtheilung behandelt die einzelnen Rechte, aber nicht in ihrer ganzen Gestalt — das überlasse ich der Rechtsgeschichte — sondern nur insoweit, als ich glaube die herrschenden Ansichten berichtigen oder erweitern zu können, wozu mir insbesondere in Bezug auf die ursprüngliche Gestalt des Eigenthums- und Obligationenrechts Gelegenheit geboten zu sein schien. Daran wird sich eine früher ausgesetzte Untersuchung über die angebliche Formlosigkeit der Eingehung der Ehe reihen. Dieser Theil bildet daher kein in sich abgeschlossenes Ganze, sondern ein Aggregat von einzelnen rechtshistorischen Untersuchungen, deren Ergebniß mir aber für den Gesammtzweck meines Werks unentbehrlich ist.

Digitized by Google

Allgemeine Theorie der Rechte.

I. Begriff des Rechts.

1. Das substantielle Moment des Rechts.

Unzulänglichkeit des Willens- und Machtbegriffs für die Definition des Rechts. — Das substantielle Moment des Rechtsbegriffs und die damit gegebenen Begriffe: Nutzen, Gut, Werth, Interesse. — Die praktische Verwirklichung des Rechts: der Genuß. — Die verschiedenen Formen des Genusses. Die Dispositionsbefugniß ein Wahlrecht in Bezug auf die Genußformen.

Jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat. Ulpianus lib. I. Inst.
(L. 1 §. 2 de Just. et Jure.)

LX. Was ist das Recht? Man kann auf diese Frage eine ganz verschiedene Antwort ertheilen je nach dem Interesse und dem Standpunkt, für das und von dem aus man sie aufwirft. Dem positiven Juristen mag es genügen, wenn man ihm darauf die in den früheren Darstellungen des römischen Rechts übliche Antwort ertheilt: Recht ist die durch das Gesetz gewährte Möglichkeit des Zwangs (Thibaut) oder wie man denselben Gedanken sonst mit anderen Ausdrücken wiedergab.[435]) Mit einer solchen Antwort, die

435) „Die Befugniß selber etwas thun zu dürfen oder von einem Andern zu verlangen, daß er zu unserm Vortheil etwas thue oder unterlasse" (Mackeldei, Seuffert). Am kürzesten: „Befugniß zu (äußern) Handlungen (oder Unterlassungen) (Mühlenbruch), am schleppendsten: „Die auf eine gültige (!) Norm gegründete Befugniß zu einer bestimmten (!) Aeußerung (!) der freien (!)Wirksamkeit in der Außenwelt (!) (Wening-Ingenheim). Bei solchen Definitionen wechselt man einen Silberthaler gegen einen Papierthaler ein, man ist ebenso weit wie vorher. Was ist Recht? „Befugniß zu handeln u. s. w." da bekommt man den Papierthaler statt des Silberthalers. Was ist

Digitized by Google

im Grunde nur eine Beschreibung, eine Angabe der äußern Erscheinung des Rechts enthält, können wir uns aber für unsere Zwecke nicht begnügen. Die Antwort, die uns Noth thut, muß das Innere des Rechts: sein Wesen treffen, wenn sie uns sonst als Ausgangs- und Anhaltspunkt für die folgenden Untersuchungen dienen soll.

Eine derartige Antwort müßte uns die Rechtsphilosophie geben. Während Kant und seine Schule über die äußere Erscheinungsform des Rechts: den Zwang nicht hinausgekommen sind,[436]) hat Hegel — und sein Einfluß ist für die neuere positive Jurisprudenz bewußt oder unbewußt ein maßgebender geworden — die Substanz des Rechts sowohl im objectiven als subjectiven Sinn in den Willen gesetzt. Darin lag für dasselbe nach beiden Seiten ein ganz unleugbarer Fortschritt, aber in der Einseitigkeit seiner Verfolgung hat das Willensmoment dennoch vom rechten Wege abgelenkt und ebenso, wie Kants Princip des Zwanges, mit einem reinen Formalismus des Rechtsbegriffs geendet. Die Bezeichnung des Rechts im objectiven Sinn als des „allgemeinen Willens" gibt in formaler Beziehung das Wesen desselben in einer Weise wieder, wie sie nicht kürzer und treffender gedacht werden kann. Denn das Wesen des Rechts, was immerhin auch seine Aufgabe, sein Ziel, sein Inhalt sein möge, besteht in der Verwirklichung, die Voraussetzung dazu aber ist die Macht, das Organ und der Träger der Macht aber der Wille. Erst durch ihn werden die Rechtsgedanken — die des Gesetzgebers im Gesetz, die des Volks im Gewohnheitsrecht — zu wirklichem, wahrhaftigem Recht erhoben, d. h. zu einer Macht, die das Leben gestaltet und beherrscht; ohne diese Bethätigung ihrer praktischen Kraft durch unausgesetzte constante Verwirklichung wären sie Ge-

---

Befugniß? „Recht zu handeln" — da erhält man den Silberthaler wieder zurück — es sind Definitionen, bei denen man bloß die Ausdrücke, nicht die Begriffe in andere umsetzt.

436) Einleitung zu den Metaphys. Anfangsgründen der Rechtslehre: „Recht und Befugniß zu zwingen bedeuten also einerlei."

Digitized by Google

danken, Ideen, Anſichten, wie alle anderen, aber keine Rechtsſätze, d. h. Normen, deren wahres Weſen nicht in ihrer bloßen Aufſtellung, ſondern in ihrer Befolgung beſteht.

Für die rein dogmatiſche Darſtellung des Rechts reicht dieſe Auffaſſung, welche die für ſie allein wichtigen Momente des Rechts: den Charakter der Poſitivität und Realität richtig wiedergibt, vollkommen aus, darüber hinaus aber nicht. Denn es fehlt ihr an einem Princip für den Inhalt des Willens. Wenn ſie den Willen ſelber zu ſeinem eigenen Princip erheben will, um den realen Inhalt des Rechts zu gewinnen, ſo iſt dies eitel Blendwerk — wenn hinter dem Willen nichts anderes ſteht, das ihm Maß und Ziel ſetzt, ſo iſt er phyſiologiſch nichts als eine Naturkraft, ethiſch nichts als die reine Willkür, zur ethiſchen Größe wird der Wille nur durch die ethiſchen Zwecke, denen er dient.

Für unſere Zwecke hat nur die Verwendung des Willensbegriffs zur Erklärung des Rechts im ſubjectiven Sinn ein Intereſſe. Wenn letzteres nun zunächſt an den „allgemeinen Willen“ in der Weiſe angeknüpft wird, daß der individuelle Wille nur ſoweit wollen könne, als er durch den allgemeinen gedeckt iſt, ſo iſt dies vollkommen richtig. Nur ſoweit dieſes Congruenzverhältniß reicht, kommt die Macht, mit der letzterer ausgerüſtet iſt, auch jenem zu gute, nur ſoweit ſchlägt das objective Recht zum ſubjectiven Recht nieder, darüber hinaus offenbart ſich die Ohnmacht des individuellen Willens, indem die Macht des allgemeinen Willens ihn zu Boden wirft. In dieſem Sinn kann man alſo das Recht als „concrete Einheit des Staats- und Einzelwillens“ (Kierulff) bezeichnen, als ein in der Privatperſon concret und lebendig gewordenes Stück des allgemeinen Willens. Ganz anders aber, wenn man, wie dies nach dem Vorgang Hegels mehr und mehr auch die poſitive Jurisprudenz zu thun angefangen hat, in ähnlicher Weiſe wie die Subſtanz des objectiven Rechts in den allgemeinen, ſo die des ſubjectiven in den ſubjectiven Willen ſetzt. Dies iſt nicht bloß einſeitig, ſondern falſch.[437])

437) Von der Bedeutung, die der Wille für die Begründung des

Digitized by Google

Das Irrige dieser Ansicht besteht darin, daß sie den Begriff des subjectiven Rechts in dem des Willens aufgehen läßt. Endzweck desselben ist für sie das Wollen, und das Recht würde ihr zufolge zu definiren sein als ein abgegrenztes Stück Willenssubstanz. Nach der Hegelschen Terminologie, die sich hier ausnahmsweise zu einer sinnlichen Anschauungsweise versteigt, haben wir uns das Verhältniß des Willens zum Recht so zu denken, daß er „sich selber in die Sache hineinlegt", er erfüllt sie mit der Willenssubstanz.[438])

Dieser Auffassung zufolge ist das ganze Privatrecht nichts als eine Arena für den Willen, sich darauf zu tummeln, zu versuchen, zu bethätigen und sich über seine eigenen Evolutionen zu erfreuen. Nur der Stumpfsinnige kann den Werth des Rechts in das Gut setzen, das es ihm gewährt, und den Genuß desselben in die Verwendung desselben für seine Zwecke; wer das Wesen des Rechts begriffen hat, schätzt es um seiner selbst willen, ihm genügt das Gefühl wollen zu dürfen und bei Ausübung seines Rechts die Genugthuung zu empfinden, einen Willensakt vollzogen, z. B. eine

---

subjectiven Rechts hat, wird an anderer Stelle die Rede sein, hier handelt es sich lediglich darum, ob der Wille das Princip desselben in sich schließt.

438) Ueber Hegel s. die folgende Note. Ueber die gangbaren Definitionen s. die Lehrbücher der Pandekten von Arndts („Herrschaft des Willens in Ansehung eines Gegenstandes"), Sintenis („der zum Gesammtwillen erhobene Wille einer Person"), Windscheid („ein gewisser Willensinhalt, von dem die Rechtsordnung in einem concreten Fall ausspricht, daß er allem andern Willen gegenüber zur Geltung gebracht werden dürfe"). Am consequentesten hat Puchta diese Auffassung verfolgt, s. z. B. dessen Pandekten §. 22: „Als Subjecte eines solchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menschen Personen . . . Persönlichkeit ist also die subjective Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht." §. 118: „Das Recht der selbständigen Persönlichkeit . . fehlt dem Filius familias. Dazu die Note b: „Das Princip des alten Rechts war Unfähigkeit Vermögensrechte zu haben, das Princip des neuern ist Unfähigkeit über das Vermögen irgendwie zu disponiren. Beides bringt in Bezug auf die Persönlichkeit nahezu dieselben praktischen Resultate hervor." Auch beim Unmündigen, Wahnsinnigen? — !

Digitized by Google

Hypothek beſtellt, eine Klage cedirt und dadurch ſich als Rechtsperſönlichkeit dokumentirt zu haben.[439])

In Wirklichkeit iſt aber das Verhältniß des Willens zum Recht ein gänzlich anderes. Ich will es einmal paradox ſo ausdrücken: das Recht iſt nicht des Willens, ſondern der Wille des Rechts wegen da. Der Sinn, in dem ich dies meine, möge durch den Vergleich des Willens mit dem Steuermann, der das Schiff zu lenken hat, veranſchaulicht werden. Der Steuermann hat die Macht über das Schiff, er kann es lenken, wohin er will, es durch richtige Wahl ſeines Curſes in den Hafen bringen oder auf die Klippen leiten. Ganz ſo der Wille beim Recht. Er hat, ſoweit nicht das Geſetz ihm ausnahmsweiſe Schranken ſetzt, die freie Verfügung über dasſelbe, der Sinn deſſen iſt, daß der Berechtigte, der ſelber am beſten wiſſen muß, was ihm frommt, es ganz ſeinen Bedürfniſſen, Zwecken, Neigungen entſprechend verwende. Die rechtliche Ermöglichung und Sicherung dieſer freien, gänzlich der individuellen Zweckſetzung ſich anpaſſenden Zweckverwendung iſt der Sinn der privatrechtlichen Autonomie. Dem Willen iſt in Bezug auf die Verwendung der ihm zuſtehenden Rechte dieſelbe Macht eingeräumt, wie dem Steuermann über das Schiff. Aber ſo wenig dem letzteren dieſe Macht ſeiner ſelbſt wegen gegeben iſt, damit er ſich an ihr erfreue, den Genuß des Steuerns empfinde, ſondern damit er das Schiff in den Hafen lenke, ebenſo beim Willen. Gewiß kann auch das bloße Wollen als ſolches dem Willen eine Befriedigung gewähren, gänzlich unabhängig von dem Zweck, der

439) Hegel Rechtsphil. (Aufl. 2. S. 111) deducirt das Intereſſe des Vertrages dadurch: „daß es das Intereſſe der Vernunft ſei, daß der ſubjective Wille allgemein werde und ſich zu dieſer Verwirklichung erhebe.“ Daß das „Bedürfniß, das Wohlwollen, der Nutzen u. ſ. w. es ſei, was die Menſchen zu Verträgen führe,“ weiſt er damit zurück, daß dies nur für „ihr Bewußtſein“ gelte, d. i. ein bloßes ſubjectives Motiv ſei, in Wirklichkeit ſei es „die Vernunft an ſich, nämlich die Idee des reellen, d. i. nur im Willen vorhandenen Daſeins der freien Perſönlichkeit.“ Das „Wohl iſt dem Rechte als ſolchem ein Aeußerliches“ (S. 287), „die Beförderung des Wohls iſt Sache der Polizei“ (S. 288).

Digitized by Google

dadurch erreicht worden ist, Probestücke der Kraft und Energie, die den Willen über sich selbst aufklären, aber dieselben spielen nicht auf dem Gebiete des Rechts. Will der Wille an sich selber Freude haben, an dem, was er kann, oder an dem, was er beschafft, so muß er sich dafür ein anderes Terrain aussuchen, als das Recht. Letzteres beschränkt sich darauf, ihm innerhalb gewisser Grenzen die gesicherte *Möglichkeit* des Handelns zu gewähren, aber das rein Rechtliche an diesen Handlungen ist ohne allen und jeden Reiz, sie entlehnen ihre Motive und damit die Befriedigung, welche sie gewähren, anderen Sphären, als der des Rechts. Welch' ein armseliges Ding wäre es um den Willen, wenn die nüchternen Regionen des Rechts das eigentliche Gebiet seiner Thätigkeit bezeichneten! Das wahre Reich des Willens, die Sphäre der schöpferisch gestaltenden Macht der Persönlichkeit fängt erst da an, wo jene aufhören; das Recht bietet nicht den *Stoff*, sondern die *Voraussetzung* des Wollens, und was von *dem Recht* gilt, gilt auch von *den Rechten*.

Ich lasse die Willenstheorie ihre Probe am *positiven* Recht bestehen. Wenn der Zweck des Rechts im subjectiven Sinn in der Willensmacht besteht, so können willenlose Personen keine Rechte haben, denn in ihrer Person ist der Zweck nicht erreichbar, unter dieser Voraussetzung fallen Rechtsfähigkeit und Willensfähigkeit zusammen. Wie verträgt es sich damit, daß alle Rechte der Welt (mir ist wenigstens kein Beispiel des Gegentheils bekannt) in den Kindern und Wahnsinnigen nicht bloß das rein Menschliche der Persönlichkeit: Leib und Leben anerkennen und schützen, sondern ihnen auch mit geringen Modificationen dieselbe Vermögensfähigkeit zugestehen, wie den willensfähigen Personen? Es ist eine leidige Ausflucht, die nicht Stich hält, wenn man sagt: das Gesetz respectire in ihnen die Möglichkeit *künftiger* Willensfähigkeit, es schütze auch den Keim des Willens. Ganz abgesehen von den Fällen, wo diese Annahme auf eine reine Fiction hinauslaufen würde, wie z. B. bei einem Kretin, einem unheilbar Wahnsinnigen, so würde jene Rücksicht auf den künftigen Eintritt der

Digitized by Google

Willensfähigkeit zwar allenfalls den Schutz der nackten Perſönlichkeit, nicht aber die Zulaſſung des Erwerbs concreter Vermögensrechte z. B. einer Erbſchaft zu rechtfertigen vermögen, in der letzteren Beziehung dürfte vielmehr als äußerſte Conceſſion nur die Vertagung des Erwerbs bis zur erlangten Fähigkeit eintreten können. Die einzige conſequente Abweiſung jenes Einwandes beſteht in der Antwort: die Anerkennung von Rechten in den Händen willensunfähiger Perſonen ſei lediglich Sache poſitiver Satzung, und in der That hat es einem neuern Rechtsphiloſophen nicht an dem Muth gefehlt, dieſelbe zu ertheilen und damit zu conſtatiren, daß die Philoſophie auf dem Wege der Willenstheorie nicht dazu gelangen kann, die reale Welt zu begreifen.[440])

Und doch, ſollte man meinen, wäre dies ſo unendlich leicht. Nicht eines Künftigen, ſondern eines Gegenwärtigen wegen haben jene Perſonen ihr Recht, nicht wegen willkürlicher Laune des Geſetzgebers, ſondern in Anerkennung des Anſpruchs, den jedes menſchliche Weſen auf ſeiner Stirn trägt.[441]) Das Bedürfniß,

---

440) Ad. Helfferich, Die Kategorien des Rechts Berlin 1863 S. 8: „Da, wo der Wille als ſolcher ruht, exiſtirt kein wirkliches Recht .. und wenn das Geſetz den Rechtswillen ſchon beim Kinde u.ſ.w. ſchützt, ſo geſchieht es nicht, weil ſie ein Recht darauf haben, ſondern weil das Geſetz die Perſonencapacität beliebig (sic!) beſtimmen und abändern kann.“ Dahin alſo führt es, wenn man Recht und „Rechtswillen“ identificirt! Kinder, Wahnſinnige wären demnach eigentlich rechtlos, und wenn man ſie nicht ungeſtraft tödten kann, was doch, wenn ſie überhaupt kein Recht, folglich auch nicht auf ihr Leben haben, erlaubt ſein müßte, ſo beruht das bloß auf der Willkür des Geſetzgebers, der „beliebig die Perſonencapacität beſtimmt und abändert“! Nicht beſſer Laſſalle, nach deſſen in ſeinem Syſtem der erworbenen Rechte B. 2, Leipzig 1861 entwickelter Auffaſſung das ganze Erbrecht nichts als eine Uebertragung des Willens des Teſtators auf den Erben enthält — höchſt einleuchtend bei der Beerbung eines Wahnſinnigen durch ein Kind! Es iſt ein werthvoller Dienſt, den eine ſolche unerſchrockene wiſſenſchaftliche Conſequenz der Wiſſenſchaft leiſtet: indem ſie im Sumpf endet, klärt ſie alle Urtheilsfähigen über die wahre Beſchaffenheit des Weges auf.

441) Es iſt ein großes Verdienſt der Krauſe'ſchen Philoſophie und Schule (Ahrens, Röder), dieſe Seite des Rechtsbegriffs, die ich im Folgenden als das ſubſtantielle Moment desſelben bezeichnen und weiter aus-

Digitized by Google

das mit der thieriſchen Natur des Menſchen unabweisbar geſetzt iſt, und deſſen Befriedigung in der geſicherten Form des Rechts einer der erſten Zwecke aller ſubjectiven Rechte iſt, dies Bedürfniß iſt bei jenen Perſonen in nicht minderem Grade vorhanden, als bei allen andern, und je weniger ihnen ſelber die Fähigkeit innewohnt, für die Befriedigung desſelben Sorge zu tragen, um ſo mehr iſt dies Aufgabe des Staats. Jene abſtracten Rechtsſubjecte, deren Daſein erſt mit dem Eintritt des Willensvermögens beginnt, ſind freilich ſo glücklich disponirt, daß ſie das Organ, durch das der natürliche Menſch ſich zuerſt mit den Dingen der Außenwelt in Rapport ſetzt: den Magen, überall nicht beſitzen, aber ſie leben eben auch nicht,

Denn wenn er keinen Magen hat,
Wie ſoll der Edle leben?

Daß die Bedürfniſſe und Intereſſen dieſer Perſonen nicht auf das rein Thieriſche beſchränkt ſind, daß das Vermögen vielmehr auch bei ihnen einer Verwendung für höhere Zwecke theilhaftig werden kann,[441a]) z. B. für ihre eigene Erziehung, Unterſtützung ihrer

führen werde, richtig erkannt zu haben, wogegen ſie freilich die formale Seite desſelben (§. 61) viel zu wenig betont. Uebrigens liegt jene Seite zu nahe, als daß ſie ſich der unbefangenen Betrachtung je hätte entziehen können, und ſchon Leibniz (ich bin gezwungen, dies Ahrens nachzuſprechen) hat ſie hervorgehoben. Stahl in ſeiner Rechtsphiloſophie hat ſich zwar von dem obigen Willensformalismus frei gehalten, allein zur poſitiven Erfaſſung des Richtigen iſt auch er nicht gelangt. Nur rückſichtlich des Vermögensrechts hebt er S. 282 die Befriedigung des Bedürfniſſes als bildenden Trieb desſelben hervor, ohne aber die darin gelegenen Conſequenzen weder an dieſer, noch ſpäterer Stelle weiter zu verfolgen. Was er S. 283 über das römiſche Recht ſagt, zeugt nicht von einer Beherrſchung der hier einſchlagenden Begriffe.

441a) Freilich nur unvollkommen. Empfinden kann weder der Wahnſinnige noch das Kind, und ſoweit die ideale Beſtimmung und Function des Vermögens auf dem pſychologiſchen Moment der Empfindung, dem Selbſtwollen beruht, fällt dieſelbe bei ihnen hinweg. Die Freude des Wohlthuns, der uneigennützigen Dahingabe des Vermögens für fremde Zwecke (Note 457), der Genuß der Verfolgung und Erreichung ſelbſtgeſetzter Zwecke durch Mittel des Vermögens, und beſchränkten ſich dieſe Zwecke auch bloß auf den Erwerb oder das Vergnügen — iſt bei ihnen nicht möglich. Daraus

Digitized by Google

nächſten Verwandten, wird keiner Bemerkung bedürfen. Nicht im Wege ſteht, daß die Verwendung desſelben nicht durch ſie erfolgt; genug ſie erfolgt für ſie. Dieſer letztere Umſtand aber iſt

---

ergibt ſich von ſelbſt die beſchränkte Stellung ihrer Vormünder, dieſelben dürfen nicht ſchenken, gewagte Geſchäfte vornehmen, ja nicht einmal frei kaufen und verkaufen, ihre Aufgabe geht lediglich auf „custodia", d. h. das Vermögen möglichſt in ſeinem gegenwärtigen Zuſtande zu erhalten, man könnte das Rechtliche der ganzen Situation kurz bezeichnen mit dem Worte: das Vermögen im Zuſtande der Erſtarrung. Die Seele fehlt ihm, d. h. die Perſon. Es iſt zwar ein Eigenthümer da, aber nicht der rechte, d. i. ein ſolcher, in deſſen Perſon es ſeine ganze Beſtimmung, alle ſeine Kräfte entfalten könnte, der es zu lenken und zu leiten verſtände nach frei geſetzten Zwecken und Zielen — an Stelle des Steuermanns, um den obigen Vergleich beizubehalten, tritt hier der Lootſe, der Vormund. Es iſt ein kümmerlicher Zuſtand: ein Roß in den Händen eines Reiters, der es nicht zu reiten verſteht, und der darum auch keine Freude an ihm hat, und den der Vormund feſt im Sattel halten muß. So erklärt es ſich, daß das altrömiſche Recht alle Kinder und Wahnſinnige mit alleiniger Ausnahme der sui heredes, bei denen der Erbſchaftserwerb ipso jure eintrat, vom Erwerb von Erbſchaften ausſchloß. Denn ſie ſind nicht die richtigen Erben, nicht diejenigen, welche über die Nachlaßgegenſtände im eigenen Intereſſe und in dem des Gemeinweſens ſo verfügen können, wie es ſich gehört. Wenn die römiſche Jurisprudenz dieſe ihre Ausſchließung vom Erbſchaftserwerb dadurch motivirt, daß dieſer Akt nicht durch Stellvertreter erfolgen könne, ſo war das nur ein rein formeller Grund (ähnlich wie man die Unſtatthaftigkeit der Arrogation der Kinder und Frauenzimmer aus ihrer Unfähigkeit in den Comitien zu erſcheinen erklärte, während der wirkliche Grund darin beſtand, daß ſie nicht zeugungsfähig waren, die Familie nicht fortpflanzen konnten, worauf es bei der Arrogation abgeſehen war). Der wahre Grund war der pſychologiſche, ethiſche, wirthſchaftliche: in dieſen Perſonen erreicht das Vermögen ſeine Beſtimmung nicht. Das einzige, was das Recht ihnen bei einer deferirten Erbſchaft concedirte, war, daß es ſich dazu verſtand, zu warten, ob nicht die Fähigkeit ſich ſpäter noch einſtellte: bei dem Kinde bis zum zurückgelegten ſiebenten Jahre, von wo die Römer an das Verſtändniß datiren (ſelbſt für die Verlobung, l. 14 de spons. 23. 1), beim Wahnſinnigen bis zum Tode. Mit jener Vorſtellung hing wie die Bon. Poss. decretalis, die wir kurz als Zuſtand des Wartens auf den rechten Eigenthümer bezeichnen können, ſo auch die substitutio pupillaris und quasi-pupillaris zuſammen — die beiden letzteren ſollen den definitiven Anfall an einen Erben, der nicht die nöthige Fähigkeit erlangt hat, wiederum unſchädlich machen.

Digitized by Google

der entſcheidende. Nach der obigen Anſicht, welche alles Gewicht auf das „Durch“ legt und die Bedeutung des „Für“ überſieht, würde bei jenen Perſonen der Vormund der Berechtigte ſein, denn er nimmt die Dispoſitionen über das Vermögen vor, ihm allein kommt der ideale Genuß zu gute, in den dieſe Anſicht den Zweck der Rechte ſetzt: der Hochgenuß, einen Willensakt vorzunehmen. Er ſei ihm gern vergönnt, ebenſo wie dem Steuermann, der das Schiff für den Rheder in den Hafen bringt, wenn nur der reale Nutzen dem Mündel zu Theil wird! Berechtigt iſt nicht, wer das Wollen, ſondern den Genuß beanſpruchen kann. Erſteres läßt ſich zur Noth auf einen Andern übertragen, ohne daß dies der realen Zweckerreichung des Rechts den mindeſten Abbruch thäte, letzteres nicht, ohne daß das Recht ſelber dadurch betroffen wird. Subject des Rechts iſt derjenige, dem der Nutzen desſelben vom Geſetz zugedacht iſt (der Deſtinatär); der Schutz des Rechts hat keinen andern Zweck, als die Zuwendung dieſes Nutzens an ihn zu ſichern. Welche Rolle der Wille dabei ſpielt, werden wir unten ſehen.

Handelte es ſich bei der obigen Anſicht lediglich um einen Mißgriff in der philoſophiſchen Formulirung des Rechtsbegriffes, ſo würde ich denſelben, nachdem ich ihn, wie ich glaube, als ſolchen erwieſen habe, hier nicht weiter verfolgen. Aber in Wirklichkeit handelt es ſich dabei um einen Irrthum, der die richtige praktiſche Erkenntniß des Rechts in bedenklichſter Weiſe erſchwert und trübt. Es iſt hier nicht der Ort, dies ausführlicher zu begründen — es würde zu dem Zweck eine hiſtoriſche, weil in die Geſchichte der Jurisprudenz und der Rechtsphiloſophie zurückgreifende Abhandlung über das durch die Idee des abſtracten Willens im Recht angeſtiftete Unheil nöthig ſein, ich glaube, daß das folgende Beiſpiel, an dem ich ſie die Probe beſtehen laſſen will, vollkommen ausreichen wird, das gefällte Urtheil zu beſtätigen.[442])

442) Ein anderes Beiſpiel liefert die juriſtiſche Perſon. Die unnatürliche Auffaſſung derſelben, welche das Recht der einzelnen Mitglieder (der

Digitized by Google

Liegt der Endzweck des Rechts im Wollen, ſo müſſen alle Vereinbarungen, welche nichts Unſittliches oder Unerlaubtes enthalten, rechtlich verbindende Kraft haben, und in der That iſt ja das Dogma von der abſtract verpflichtenden Kraft der Verträge von Juriſten und Rechtsphiloſophen oft genug aufgeſtellt. Ein Vertrag alſo, der dem einen Theil eine Beſchränkung auferlegt, ohne dem anderen den geringſten Nutzen zu gewähren, z. B. der, daß Jemand ſein Grundſtück nicht veräußern, einen gewiſſen Beruf nicht ergreifen dürfe, würde demgemäß vollkommen gültig ſein. Daran würde ſelbſt der Umſtand, daß der Promiſſar nicht das leiſeſte Intereſſe an der Innehaltung des Vertrages anzugeben vermöchte, nicht das Geringſte ändern. Denn wozu noch ein ſolches Intereſſe? Der Zweck des Rechts beſteht ja einmal in der Willensmacht, der Herrſchaft, und eine Herrſchaft über den fremden Willen übe ich aus, wenn ich ihn zu Unterlaſſungen und Handlungen zwingen darf, einerlei ob dieſelben ein Intereſſe für mich haben oder nicht — jener ſpiritualiſtiſche Rechtsgenuß, bei dem die Willenstheorie es bewenden läßt: die Freude an der reinen Macht als ſolcher, die Satisfaction, ſeinen Willen durchzuſetzen, wird in beiden Fällen in gleicher Weiſe gewährleiſtet.

Wohin dies im Verkehr führen muß, leuchtet ein. Ungehemmt und unbeſchränkt kann die Saat der Unfreiheit ausgeſtreut werden, kann das Unkraut drückender, für den Verkehr wie für das berechtigte Individuum völlig werthloſer Beſchränkungen wuchern; unter der falſchen Freiheit geht die wahre zu Grunde, und der Wille gräbt ſich ſein eigenes Grab. Ein ſolcher Willensformalismus, der im Mittelalter in dem Princip der ſchlechthin verbindlichen Kraft promiſſoriſcher Eide einen verſchärften Ausdruck fand, war

---

Deſtinatäre), derenwegen die juriſtiſche Perſönlichkeit allein ins Leben gerufen iſt, überſieht und dieſe Willensmaſchinerie zum Subject der Rechte erhebt, wurzelt lediglich in dem obigen Willensformalismus. Wer ſich über die Bedeutung des Verhältniſſes der Frage: durch wen? und für wen? klar iſt, wird über die Bedeutung der juriſtiſchen Perſon nicht im Unklaren ſein. Ich werde im §. 61 darauf zurückkommen.

Digitized by Google

dem römischen Recht zu allen Zeiten völlig fremd. In sorgsamster Weise war dasselbe bedacht, dieser Selbstvernichtung der Freiheit vorzubeugen (§. 33), und den Grund dazu legte es in der Gestaltung des Rechtsbegriffs. Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstracten „Rechtswillens" zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen. In diesem Zweck finden sie, findet der Wille sein Maß und Ziel.[442a]) Verträge, die mit diesem Maßstab gemessen des Interesses entbehren, sind nichtig, aus ihnen entsteht z. B. weder eine Servitut[443]) noch eine Obligation;[444]) die Rechte gewähren nichts Unnützes, der Nutzen, nicht der Wille ist die Substanz des Rechts.

Doch dies führt uns bereits auf den positiven Theil unserer Aufgabe. Es wird verstattet sein, den negativen in den Satz zusammenzufassen:

442a) Die weitere Ausführung dieses Gedankens gedenke ich in einer Abhandlung über das Zweckmoment im römischen Privatrecht zu geben; kurz zusammengedrängt wird der Inhalt derselben im folgenden Bande dieses Werks Aufnahme finden. [Zusatz zur vierten Auflage.] Aus der hier in Aussicht gestellten Abhandlung ist ein ganzes noch nicht vollendetes Werk: mein Zweck im Recht, 2 Bände 2. Aufl. 1884. 1886. geworden.

443) Grundsatz und Beispiele in L. 15 de servit. (8. 1).

444) Beispiele in L. 61 de pact. (2. 14). Nur eine Ausnahme lassen die römischen Juristen zu, die aber gerade von einem ungemein feinen Takt zeugt. Der Eigenthümer kann als solcher in der Verwendung der Sache sich factisch durch rein individuelle Launen leiten lassen, und dasselbe verstattete die römische Jurisprudenz ihm rechtlich bei Veräußerung der Sache rücksichtlich der Auflagen, die er dem Käufer zu machen für gut fand, indem sie dafür den Gesichtspunkt aufstellte, daß es sich hierbei nicht um Bestellung, sondern um Vorbehalt von etwas Unnützem handele, was man dem Eigenthümer nicht verwehren könne (lex rei suae dicta). Für Servituten spricht diesen Grundsatz aus L. 19 de serv. (8. 1) . . . quem quis vendat, für Verträge die L. 11 de relig. (11. 7) . . venierit und L. ult. Cod. de pact. int. emt (4. 54) . . in venditionis vel alienationis contractu, wodurch der scheinbare Widerspruch mit L. 61 cit. verschwindet. Die genauere Entwicklung dieses Gesichtspunktes der lex rei suae dicta habe ich jetzt in meiner Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte gegeben, meine Jahrbücher X. S. 550 fl.

Digitized by Google

der Wille iſt nicht der Zweck und die bewegende Kraft der Rechte; der Willens- und Machtbegriff iſt nicht im Stande, das praktiſche Verſtändniß der Rechte zu erſchließen.

Zwei Momente ſind es, die den Begriff des Rechts conſtituiren, ein *ſubſtantielles*, in dem der praktiſche Zweck desſelben liegt, nämlich der Nutzen, Vortheil, Gewinn, der durch das Recht gewährleiſtet werden ſoll, und ein *formales*, welches ſich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der *Rechtsſchutz*, die *Klage*. Erſteres iſt der Kern, letzteres die ſchützende Schale des Rechts. Jenes für ſich allein begründet lediglich einen thatſächlichen Zuſtand des Nutzens oder Genuſſes (*faktiſches Intereſſe*), der jeder Zeit ohne weitere Folgen von Jedem, der dazu thatſächlich in der Lage iſt, aufgehoben werden kann.[445]) Den Charakter der Zufälligkeit, Hinfälligkeit verliert dieſer Zuſtand erſt dadurch, daß das Geſetz ihn unter ſeinen Schutz nimmt, der Genuß oder die Ausſicht auf denſelben wird dadurch ein geſicherter: ein *Recht*. Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen *Sicherheit des Genuſſes*, Rechte ſind *rechtlich geſchützte Intereſſen*.

Das erſte Moment, dem wir zunächſt unſere Aufmerkſamkeit zuwenden, ſtellt ſich dar in folgender Vorſtellungsreihe: *Nutzen, Gut, Werth, Genuß, Intereſſe*. Der Maßſtab, nach dem das Recht dieſe Begriffe bemißt, iſt keineswegs ausſchließlich der ökonomiſche: Geld und Geldeswerth; das Vermögen iſt nicht das Einzige, das dem Menſchen geſichert werden muß, über demſelben ſtehen vielmehr noch andere und höhere Güter ethiſcher Art:

---

445) L. 26 de damno inf. (39. 2) non videri damnum facere (d. i. einen Schaden *im Sinn des Rechts* erleiden) qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur. Eine eigenthümliche Art dieſes factiſchen Genußverhältniſſes bilden die von mir ſo genannten und in meinen Jahrbüchern (X. S. 245 fl.) einer genaueren Betrachtung unterzogenen *Reflexwirkungen* fremder Rechte.

Digitized by Google

die Persönlichkeit, Freiheit, Ehre, die Familienverbindung, — Güter, ohne welche die äußerlichen, sichtbaren Güter gar keinen Werth haben würden.

Jedes Recht des Privatrechts ist dazu da, daß es dem Menschen irgend einen Vortheil gewähre, seine Bedürfnisse befriedige, seine Interessen, Zwecke fördere. Von jedem Recht ist also der Mensch der Destinatär,[446]) ob auch das Subject, hängt davon ab, wie man sich das Verhältniß bei der juristischen Person denkt (S. 224 u. §. 61).

Der angegebene Zweck trifft bei sämmtlichen Rechten zu, mögen sie dem Vermögens- oder dem Personenrecht angehören, alle sollen mich fördern, mir einen Dienst, Nutzen, Vortheil[447]) gewähren, die Freiheit so gut wie das Eigenthum, die Ehe so gut wie die Forderung[447a]) „es gibt kein zweck- und nutzloses Recht;

---

446) L. 28 §. 1 de usur. (22. 1) . . omnes fructus natura hominum causa comparavit. §. 12 I. de J. N. (1. 2).

447) Für das Vermögen heben die römischen Juristen dies Zweckmoment (commodum, emolumentum Gaj. II, 255, L. 75 de J. D. 23. 3) ausdrücklich hervor: bona, quod beant . . beare est prodesse L. 49 de V. S. (50. 16), L. 83 ibid.: proprie (d. h. im ökonomischen Sinn) bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent. Ahrens macht mit Recht auch auf den Ausspruch von Ulpian in L. 1 §. 2 de J. et J. (1. 1) aufmerksam: privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. S. auch L. 11 ibid.

447a) [Zusatz zur 4. Aufl.] Zu den ärgsten Verirrungen der modernen Jurisprudenz gehört die Behauptung, daß Leben und Freiheit keine Rechte im subjectiven Sein seien, sie enthielten nur die Voraussetzungen derselben. Als ob nicht die Voraussetzung des einen Rechts ebenfalls ein Recht sein könne (Beweis: die Forderung für das Pfandrecht), und als ob die Form des Schutzes, ob sie dem Civilrecht oder dem Criminal- oder Polizeirecht angehört, das Maßgebende wäre. Im alten Rom konnte die Freiheit durch eine Privatklage geltend gemacht werden, heutzutage nicht mehr; hat sie darum aufgehört, ein Recht zu sein? Alle durch das Recht im objectiven Sinn geschützten Existenzialbedingungen der Person sind Rechte im subjectiven Sinn, in welcher Weise sie geschützt werden, ist vollkommen gleichgültig. Wäre die Annahme des subjectiven Rechts durch die Möglichkeit der eigenen Klagerhebung Sei-

Digitized by Google

Wohl und Recht ſind keine Gegenſätze, ſondern in nothwendiger Beziehung zu einander" (Ahrens).

Ein Ding, das uns dieſen Dienſt zu leiſten vermag, nennen wir ein Gut, die Römer beſchränken den Ausdruck bekanntlich auf das Gut im ökonomiſchen Sinn: die Glücksgüter (bona). Demnach bildet ein Gut den Inhalt eines jeden Rechts — eine Definition des Rechts, die nicht von dem Begriff des Gutes im weitern Sinn ausgeht, iſt in meinen Augen verfehlt.

An den Begriff des Gutes reiht ſich der des Werthes und Intereſſes an. Der Werthbegriff enthält den Maßſtab zur Beſtimmung der Tauglichkeit des Gutes, der Intereſſenbegriff erfaßt dieſe Wertheigenſchaft in beſonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältniſſe des Subjects. Ein Recht, das an ſich einen Werth hat, kann für dieſes Subject ohne Intereſſe ſein, z. B. eine Ausſichtsgerechtigkeit für einen Blinden, die Berechtigung zum Beſuch eines Concerts für einen Tauben. Beide Begriffe ſind wie der des Gutes nicht auf das Vermögen beſchränkt,[448]) nur hat der des

---

tens des Berechtigten bedingt, ſo müßte man den bevormundeten Perſonen ihre Rechte abſprechen, denn die Klage wird durch den Vormund erhoben. In derſelben Weiſe, wie er ihre Rechte ſchützt, ſchützt der Staat das Leben und die Freiheit ſeiner Unterthanen, ohne daß beide dadurch aufhören, die Beſtimmungsſubjecte dieſer rechtlich-geſchützten Güter, d. h. die Berechtigten zu ſein. In der Theorie des Privatrechts mag man das Recht auf Leben und Freiheit übergehen, weil es privatrechtlich nichts Bemerkenswerthes darbietet, aber den Charakter eines Rechts kann ihm nur derjenige abſprechen, der ſich über den Begriff desſelben gar nicht klar geworden iſt und ſich durch eine vorgefaßte Vorſtellung vom Recht im ſubjectiven Sinn leiten läßt, die er ſich gar nicht die Mühe genommen hat, einer auf die weſentlichen Momente des Rechtsbegriffes zurückgreifenden Unterſuchung zu unterziehen; wer die Behauptung aufrecht erhalten will, hat vorher Rede und Antwort darüber zu ſtehen: was das Recht ſoll — nur das Zweckmoment führt hier wie überall zur richtigen Erkenntniß, alle anderen Verſuche, ſich des Rechtsbegriffs zu bemächtigen, ſind von vornherein verfehlt, weil rein formaliſtiſch.

448) S. z. B. L. 14 §. 1 de serv. corr. (11. 3) .. interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi. L. 54 Mand. (17. 1) .. affectus ratione mandati agetur (auf Freilaſſung des Sklaven). L. 7 de ann. (33. 1) .. interest illius (auf Errichtung eines Monuments),

Digitized by Google

Werths allerdings außerhalb dieſer Sphäre kein praktiſches Intereſſe, denn das praktiſche Intereſſe desſelben beſteht in der Möglichkeit, ſeine Abſtufungen in Geld auszudrücken, dieſer Werthmaßſtab des Geldes iſt aber nur anwendbar bei den Dingen, die für Geld zu haben ſind — die Freiheit, das Leben, die Ehre ſind inäſtimabel,[449]) was aber das römiſche Recht nicht abgehalten hat, bei einer Verletzung dieſer Güter das Geld als Strafmittel öfters zur Anwendung zu bringen.[450])

Das Geld alſo iſt der ökonomiſche Werth- und Intereſſenmaßſtab. Denn das Geld iſt die Form, in die mittelſt der Operation des Kaufs alle Werthobjecte ſich auflöſen, und aus der ſie ſich wieder herſtellen laſſen — die Urſubſtanz, in der ſie alle enthalten ſind. Was käuflich iſt, iſt ſchätzbar d. i. auf Geld reducirbar, — was der Verkehr ſchätzt (im doppelten Sinn: werth hält, hoch

---

L. 71 pr. de cond. (35. 1) interesse heredis credendum est (auf Sicherſtellung der Subſiſtenz eines Verwandten), L. 71 de evict. (21. 2) i. f. L. 5 §. 5 de his qui (9. 3). L. 1—6 de lib. causa (40. 12), namentlich L. 1 pr. quia semper parentis interest filium servitutem non subire. L. 2: quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum injuriamque nostram porrigitur. L. 6 pr. de serv. exp. (18. 7) .. cum venditoris affectionem forte simul et verecundiam laeserit. L. 7 ib. etiam affectionis ratione recte agetur. L. 71 de evict. (21. 2) interest enim patris filiam dotatam habere. L. 5 §. 5 de his qui effud. (9. 3), wo die Klage dem gegeben wird, „cujus interest", trotzdem daß das „damnum pecuniarium" verneint wird. Verkehrt Arnold Cultur und Rechtsleben S. 102, 417, 422: die Inſtitute des Familienrechts, wie Ehe, väterliche Gewalt, Vormundſchaft, kämen, ſobald ſie als Inſtitute des Privatrechts aufträten, nur von Seite des Vermögens zur Sprache. Das Privatrecht habe es mit den Rechtsverhältniſſen der einzelnen Perſonen zu thun, ſoweit ſie einen Vermögenswerth haben — als ob nicht die Exiſtenz des Verhältniſſes ſelber Gegenſtand einer Klage ſein konnte.

449) Libertas inaestimabilis res est, L. 106 de R. J. (50. 17); L. 9 §. 2 de statul. (40. 7): libertas pecunia lui non potest. L. 3 si quadr. (9. 1) liberum corpus aestimationem non recipit.

450) Nicht bloß bei der act. injuriarum aestimatoria und den verſchiedenen Strafklagen wegen Beſchädigung oder Tödtung durch Menſchen oder Thiere, ſondern in ungleich weiterer Ausdehnung. Das Nähere im dritten Syſtem.

Digitized by Google

ſchätzt und bezahlt), kann auch der Richter ſchätzen (taxiren). Aber nicht Alles findet innerhalb des Vermögens ſein Aequivalent in Geld, gewiſſe Gegenſtände, ſelbſt wenn ſie um Geld erworben wurden, ſind uns doch wegen des perſönlichen Bandes, das die Gewohnheit oder die Pietät zwiſchen ihnen und uns geſponnen, für Geld nicht feil, es iſt nicht bloß das Werthobject, der Geldwerth, was wir an ihnen ſchätzen, ſondern das Concrete dieſer beſtimmten Species, dieſes Sachindividuum mit dieſer ſeiner Vergangenheit für uns, dieſes Stück unſres Lebens.[451])

Wie verſchieden ſich nun auch bei den einzelnen Rechten das Intereſſe beſtimme, ſo enthält doch jedes in Theſi zugelaſſene Recht den Ausdruck eines vom Geſetzgeber nach dem Standpunkt ſeiner Zeit für ſchutzfähig und ſchutzbedürftig anerkannten Intereſſes. Mit den Intereſſen wechſeln daher auch die Rechte, zwiſchen beiden findet bis zu einem gewiſſen Grade ein hiſtoriſcher Parallelismus ſtatt — nicht ſchlechthin, weil manche Intereſſen ihrer Natur nach dem mechaniſchen Zwange des Rechts widerſtreben. Für die ſcurrilen Witze, welche das Mittelalter in die Form von Rechten zu kleiden pflegte, fehlt uns heutzutage der Sinn, unſer Intereſſenmaßſtab im Recht iſt ein ſtrengerer geworden, obſchon in dieſer Beziehung immer noch genug zu thun übrig bleibt.[452])

---

451) Beiſpiele in L. 36 de bon. lib. (38. 2) praedia, in quibus majorum sepulcra ... mancipium, quod non pretio, sed affectu aestimandum. Berückſichtigung dieſes Intereſſes im Recht: actiones arbitrariae zum Zweck der Erlangung der beſtimmten Sache ſtatt des Geldwerthes — Verbot der Veräußerung der Mündelgüter des bloßen Vortheils wegen, L. 22 §. 3. Cod. de adm. tut. (5. 37) ... Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulsas videre satis est lugubre.

452) So z. B. ſollten die Klagen aus Spiel und Wetten völlig aufgehoben werden; für den Verkehr haben dieſe Verträge gar kein Intereſſe, das geſellige Leben gehört nicht vor das Gericht, wer ſpielt und wettet, möge zuſehen, mit wem er es thut. Der einzige Grund, der ſich für ihre Klagbarkeit anführen läßt, iſt das obige (S. 337) Dogma von der abſtract verbindenden Kraft der Verträge — damit könnte man aber auch eine Klage auf den erſten Walzer begründen!

Digitized by Google

Das römische Recht hat, wie bereits gezeigt, diesen Gesichtspunkt des Interesses klar ausgesprochen und consequent durchgeführt; mit der Form des Rechts: der Klage ist es von jeher sehr sparsam gewesen und hat aus gutem Grunde in dieser Beziehung eher zu wenig, als zu viel gethan. Die Rechtsformen, die es aufstellt, entsprechen sämmtlich einem ernsten Zweck des Verkehrs oder einem gerechtfertigten ethischen Interesse, für Scherze, Späße, individuelle Launen und Liebhabereien bieten sie keinen Raum.

Daß auch in Rom der Interessenmaßstab mit der wirthschaftlichen, geistigen und socialen Entwickelung des Volks sich veränderte, davon legt die Rechtsgeschichte vielfach Zeugniß ab. Es möge genügen, hier ein Beispiel anzuführen, die übrigen will ich dem dritten System vorbehalten. Dasselbe betrifft die Entwicklung des Rechts der Prädialservituten; in ihr prägt sich der Fortschritt der Interessen in anschaulichster Weise aus. Dieselbe beginnt mit denjenigen Servituten, welche bereits auf der niedersten Stufe der Landwirthschaft ein Interesse haben: den Weg- und Wassergerechtigkeiten.[453]) Für sie hatte auch der altrömische Bauer ein volles Verständniß; den Werth einer durch eine servitus ne prospectui officiatur gesicherten schönen Aussicht hätte er nicht begriffen. Der Fortschritt der Landwirthschaft und die Veränderung in den Verhältnissen des Weidelandes (ager publicus) brachte sodann die übrigen Rusticalservituten, die Entwicklung des städtischen Lebens, das gedrängte Wohnen, der Aufschwung der Baukunst, der Luxus und die Verfeinerung des Geschmacks die Urbanalservituten zum Vorschein.[454]) Letztere verdanken ihren Ursprung

453) Daß sie die ältesten Arten waren, geht daraus hervor, daß sie allein zu den res mancipi gehörten.

454) Dieser allmähliche Fortschritt ist in der Art, wie die römischen Juristen sich über einzelne dieser Servituten äußern, noch deutlich zu erkennen, man vergleiche z. B. L. 7 de Serv. (8. 1), L. 3 de S. P. U. (8. 2), L. 1 §. 1, L. 3 pr., L. 6 §. 1, L. 9 de S. P. R. (8. 3), L. 2 Comm. praed. (8. 4). Auch die Annehmlichkeit und Bequemlichkeit wird als gerechtfertigtes Interesse anerkannt, L. 16 §. 1 quod vi (43. 24) . . si quaedam ex (non frugiferis) arboribus amoenitas praestetur . . interesse propter voluptatem

Digitized by Google

nicht einer Erweiterung des juriſtiſchen Denkens, des geiſtigen Blicks, ſondern dem Drang der praktiſchen Intereſſen und Bedürfniſſe, ihre Zulaſſung war eine vom Leben der Jurisprudenz abgenöthigte Conceſſion, das Zugeſtändniß, daß auch die Annehmlichkeit und Behaglichkeit des Wohnens ein des Rechtsſchutzes würdiges Intereſſe ſei, daß der Maßſtab des unmittelbar Nützlichen, mit dem die alte Zeit die Servituten gemeſſen („servitus fundo utilis esse debet") für die neuere Zeit zu eng ſei.[455])

Nachdem wir nunmehr die Bedeutung des Intereſſes für das Recht in Theſi entwickelt haben, würde ſich daran die Frage reihen müſſen: ob daſſelbe Verhältniß, welches zwiſchen beiden Begriffen in abſtracto gilt, nämlich daß das Intereſſe den Zweck und die Vorausſetzung des Rechts bildet, ſich auch in Hypotheſi wiederholen müſſe, ſo daß z. B. die beſtellte Weggerechtigkeit nur dann zu Recht beſtehe, wenn ſie für den Berechtigten von nachweisbarem Intereſſe ſei. Es ſcheint mir jedoch paſſender, dieſe Frage zunächſt auszuſetzen, um vorläufig in der Entwicklung des Rechtsbegriffs weiter fortzufahren: ich werde ſie ſpäter an richtiger Stelle aufnehmen.

Die Thatſache, daß das Recht dem Berechtigten die Vortheile, den Nutzen, die es ihm erweiſen ſoll, und die mit dem bloßen Daſein des Rechts als ſolchem noch nicht ſchlechthin gegeben ſind, wirklich gewährt, das iſt die thatſächliche Zweckverwendung, bezeichnen wir als Genuß des Rechts. Der Begriff der Ausübung des Rechts iſt ein weiterer, er umfaßt nämlich alles das,

---

et gestationem. L. 2 §. 12 Ne q. i. l. p. (43. 8) .. prospectus, aditus deterior aut angustior. Charakteriſtiſch für die Auffaſſung zu Juſtinians Zeit iſt es, daß in den Pandekten die Urbanalſervituten vor den Ruſticalſervituten behandelt werden — zugleich ein ſchlagender Beleg dafür, wie wenig die Reihenfolge, in der Juſtinians Compilatoren gewiſſe Materien behandeln, mit Hugo zu Schlüſſen auf die hiſtoriſche Priorität berechtigt.

455) Note 454. Auch für die Ruſticalſervituten erweiterte er ſich in derſelben Richtung, ſ. z. B. L. 3 pr. de aqua (43. 20) .. amoenitatis causa aqua duci potest. L. 3 pr. de S. P. R. (8. 3), für beide Arten von Prädialſervituten war der Begriff der utilitas erweitert.

Digitized by Google

was der Berechtigte vermöge des Rechts vornehmen darf, dazu gehört aber außer dem Genuß auch die Behauptung und Verfolgung des Rechts im Fall ſeiner Verletzung.

Der Genuß nimmt nach Verſchiedenheit der Sache verſchiedene Formen an, bald iſt er mit dem Rechte ſelber, ſo lange es nicht verletzt iſt, von ſelbſt gegeben (z. B. Freiheit, Ehre, negative Servituten), bald ſetzt er erſt noch ein Handeln des Berechtigten oder des Verpflichteten voraus, bald iſt die Art desſelben ganz genau vorgeſchrieben und eng begrenzt, bald iſt dem Ermeſſen des Berechtigten in dieſer Beziehung der weiteſte Spielraum geöffnet. Dieſer letztere Gegenſatz bedarf der näheren Ausführung; ein praktiſches Intereſſe hat er nur für das Vermögensrecht, auf das wir uns daher im Folgenden beſchränken.

Die Genußmöglichkeit, welche mir die Sache in factiſcher, das Eigenthum an derſelben in rechtlicher Beziehung gewährt, beſteht je nach Art der Sache bald lediglich in der bloßen Benutzung (dem uti und, wenn dieſelbe eine fruchtbringende iſt, dem frui), bald lediglich in der Conſumtion der Sache (res quae usu consumuntur), bald in beiden zuſammen. Zu dieſer Form des vom Eigenthümer in eigener Perſon vorgenommenen realen oder unmittelbaren Genuſſes geſellen ſich noch zwei andere, bei denen der Eigenthümer den realen Genuß auf einen Andern überträgt, um dafür einen andern einzutauſchen (ideale oder juriſtiſche Genußformen), nämlich:

1. der Genuß des Werthes, und zwar
   a. der Sache, indem in Form des Vertrages ein anderes Gut für ſie eingetauſcht wird, ſei es Geld (Kaufcontract),[455b]) eine andere Sache (Tauſchcontract im engern Sinn), oder perſönliche Leiſtungen (locatio operarum, conductio operis, der Innominatcontract: do, ut facias),

---

455b) Unter dieſen Geſichtspunkt fällt auch die Verpfändung der Sache, ſ. Note 461.

Digitized by Google

b. des Gebrauchs, indem das uti oder frui gegen Geld (locatio rei, Superficies, Emphyteuſis) oder ſonſtige Leiſtungen (z. B. Antichreſe) zeitweiſe oder auf immer überlaſſen wird.[456])

2. die unentgeltliche Dahingabe an Individuen oder gemeinnützige Zwecke, und zwar entweder
   a. der Sache, in Form der Schenkung, Pollicitatio, Stiftung, letztwilliger Zuwendungen, oder
   b. der Nutzungen, in Form des unverzinslichen Darlehens, Commodats, Prekariums oder der ſchenkweiſen Beſtellung des Uſus oder Uſusfructus.

Auch die letztere Art der Verwendung ſchließt einen Genuß in ſich,[457]) während die rein negative Entäußerung der Sache (Dereliction) oder die Nichtausübung eines zuſtehenden Gebrauchsrechts (non-usus) ein Verſchmähen desſelben enthält.

Je nach Verſchiedenheit der Verhältniſſe, Zwecke, Lagen hat

---

456) Der im Text geltend gemachte Geſichtspunkt iſt von den römiſchen Juriſten klar erkannt, ſ. z. B. L. 12 §. 2 de usufr. (7. 1) . . nam et qui locat, utitur et qui vendit. L. 39 ibid. Qui pretio utitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. L. 35 §. 1 ibid. L. 22 de her. pet. (5. 3) . . in locum hereditariae rei pretium ejus successisse.

457) Die römiſchen Juriſten haben dies wiederum richtig erkannt, ſiehe z. B. L. 12 §. 2 de usufr. cit. . . Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti. L. 55 §. 1 de furt. (47. 2) . . nec movere quem debet quasi nihil lucri sui gratia facit (der Dieb, welcher ſtiehlt, um einem Andern zu ſchenken). Species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere. L. 7 de serv. exp. (18. 7) . . cum beneficio affici hominem intersit hominis. L. 78 §. 2 de J. D. (23. 2) . . vel pretio vel beneficio . . aut cuivis magis gratiam praestare. So auch Seneca de benef. I. c. 6. Quid est ergo beneficium? Benevola actio, tribuens gaudium capiensque tribuendo. Eine praktiſche Conſequenz jener Auffaſſung (die aber den römiſchen Juriſten noch nicht zum vollen Bewußtſein gekommen war, wie aus der Dednction in L. 71 de evict. [21. 2] hervorgeht) iſt die, daß die Evictionsklage auch dem Schenker gegeben werden muß, wenn dem Beſchenkten die Sache evincirt wird, während dieſelbe hinwegfällt, wenn die Sache derelinquirt iſt und dem

Digitized by Google

nun das Recht die Wahl dieſer verſchiedenen Genußformen mehr oder weniger beſchränkt oder gänzlich offen gelaſſen. Dem volljährigen Eigenthümer ſtehen ſämmtliche zu Gebote, nur in einigen Ausnahmefällen iſt ihm mit Rückſicht auf die einer andern Perſon eingeräumte Expectanz auf die Sache die Form 1a verſchloſſen, ſo z. B. beim Dotalgrundſtück, Familienfideicommiß, ohne daß die römiſchen Juriſten darin eine Alterirung des Eigenthumsbegriffs erblickt hätten. Beim minderjährigen Eigenthümer iſt dieſe Form an die Genehmigung der obervormundſchaftlichen Behörde geknüpft, dagegen die Form unter 2 a völlig verſchloſſen. Beim gewöhnlichen Rentenlegat ſteht dem Legatar wie bei jedem anderen die freieſte Transactionsbefugniß zu, dagegen beim Alimentenlegat iſt er an die vom Teſtator angeordnete Genußform gebunden, wenigſtens iſt eine weſentliche Alterirung derſelben, z. B. mittelſt Zahlung einer einmaligen Abfindungsſumme durch die Mitwirkung der Obrigkeit bedingt.

Den äußerſten Gegenſatz zu dem unbeſchränkten, ſämmtliche Genußformen in ſich vereinigenden Eigenthum bildet das Recht des Gemeingebrauchs (usus publicus) an den öffentlichen Sachen.[458]) Dasſelbe iſt beſchränkt auf das reale uti in eigener Perſon. Von dieſer beſchränkteſten Form der Genußmöglichkeit bis zu der weiteſten: dem freien Eigenthum erhebt ſich eine Scala von Abſtufungen, bei denen bald die eine, bald die andere der obigen Formen fehlt. Die Benutzung der res religiosae iſt gleich der der res publicae ausſchließlich auf diejenige Art des Gebrauchs beſchränkt, für die ſie beſtimmt ſind,[459]) aber es geſellt ſich die Möglichkeit der Ueberlaſſung des Gebrauchs an Andere hinzu, aber nur des unentgeltlichen — aus res religiosae ſoll kein

---

Occupanten evincirt wird, L. ult. de evict. (21. 2); in jenem Fall wird ein Erfolg vereitelt, auf den der Käufer ein Recht hatte.

458) Daß es ein Recht iſt, ebenſo wie das im Text erwähnte Recht an res religiosae, darüber ſ. §. 61.

459) L. 12 §. 1 de relig. (11. 7) .. ne sepulcrum aliae conversationis usum accipiat.

Digitized by Google

Geld gemacht werden.[460]) Bei den jura in re wird die niederſte Stufe der Verwendungsmöglichkeit durch das uti im juriſtiſchen Sinn bezeichnet. Dasſelbe gibt dem Berechtigten lediglich die Befugniß zum eignen perſönlichen Gebrauch, ohne das Recht der Ueberlaſſung an Andere. So beim usus und bei den Prädialſervituten. Die zweite Stufe wird durch das uti frui bezeichnet, welches das Recht der Uebertragung in ſich ſchließt. So beim ususfructus und der superficies und emphyteusis. Die höchſte Stufe wird durch das Recht des consumere bezeichnet, des realen beim Quasi-usus-fructus, des juriſtiſchen (d. i. Verkauf der Sache) beim Pfandrecht.

Dieſe Abſtufung der Genußformen, möge ſie die Form beſonderer Rechte annehmen oder, wie beim Eigenthum, innerhalb eines und desſelben Rechts Platz greifen, bezeichnet einen großen Theil deſſen, was man unter dem Begriff des Dispoſitionsbefugniß zu verſtehen pflegt. Der Angelpunkt, um den die Dispoſitionsbefugniß ſich bewegt, iſt, wenn wir von dem wenig wichtigen Fall der Dereliction abſehen, die Wahl der Modalität des Genuſſes. Alle Rechtsgeſchäfte, die der Eigenthümer abſchließt, ſind Akte, durch die er genießt: er möge verkaufen, vertauſchen, verſchenken, verpachten, vermiethen, oder jura in re beſtellen. Auch bei der Verpfändung genießt er die Sache, indem ſie ihm das erforderliche Geld verſchafft.[461]) Freiheit der Dispoſition iſt demnach Freiheit in der Wahl der Genußformen, Beſchränkung jener Beſchränkung dieſer. Die praktiſche Bedeutung dieſer Freiheit beſteht darin, daß der Wille da-

460) L. 2, L. 9 Cod. de relig. (3. 44), L. 14 Cod. de leg. (6. 37).

461) Die Verpfändung enthält das Mittel, den zum Zweck der Verſchaffung von Geldmitteln nöthig gewordenen Verkauf zur Zeit noch abzuwenden, es iſt ökonomiſch dieſelbe Manipulation, wie beim Verkauf: Umſatz der Sache in Geld, nur mit dem Unterſchied, daß der Vorgang durch Abtragung der Schuld wieder rückgängig gemacht werden kann — ökonomiſch, nicht juriſtiſch ſteht die Verpfändung mit dem Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufs auf einer Linie.

Digitized by Google

durch in Stand geſetzt wird, die Zweckverwendung des Rechts ganz den individuellen Neigungen, Bedürfniſſen und den momentanen Umſtänden anzupaſſen. Wer das Grundſtück nicht ſelbſt bewirthſchaften mag oder kann, ſich aber, für ſich oder ſeine Erben, die Möglichkeit der ſpäteren eignen Bewirthſchaftung vorbehalten will, verpachtet es, wer dieſe Möglichkeit nicht in Ausſicht nehmen kann, verkauft es; wer ſein Geld zur Zeit nicht nöthig hat, verleiht es, tritt der Fall ein, daß er es bedarf, ſo nimmt er es zurück und verwendet es ſelber. Erſt durch die Verſchiedenheit der ökonomiſchen Nutzungsformen gewinnt das Vermögen ſeine volle Brauchbarkeit, die Fähigkeit, ſich den wechſelnden Bedürfniſſen und Zwecken völlig anzupaſſen.

Ob aber die Wahl der Genußformen ganz in das Belieben des Berechtigten geſtellt iſt, oder ob er dauernd oder nur vorübergehend auf eine beſtimmte Genußform angewieſen iſt, die Möglichkeit des Genuſſes bildet den Endzweck und damit das Kriterium eines jeden Rechts. Ein Recht ohne eine damit verbundene Genußmöglichkeit iſt ein Unding. Mag der Berechtigte den Genuß verſchmähen — das ſteht ihm frei — aber ein Recht, dem in thesi kein Genuß d. h. kein Nutzen, den es dem Berechtigten abwirft, entſpricht, iſt eine contradictio in adjecto. Kein Recht iſt ſeiner ſelbſt wegen oder des Willens wegen da, jedes Recht findet ſeine Zweckbeſtimmung und ſeine Rechtfertigung darin, daß es das Daſein oder Wohlſein fördert, kurz in dem Nutzen in dem oben angegebenen weiteſten Sinn. *Nicht der Wille oder die Macht bildet die Subſtanz des Rechts, ſondern der Nutzen* — die Bedeutung des Willens erſchöpft ſich lediglich darin, daß er die Zweckbeſtimmung des Rechts für das Subject vermittelt, die der Macht, welche das Recht ihm gewährt, darin, daß er rechtlich daran nicht gehindert wird.

Digitized by Google

2. Das formale Moment des Rechts.

Der Selbstschutz der Interessen oder die Klage — die Grenze dieses Schutzes. — Klagmechanismus und Recht der Destinatäre im Verhältniß der Corporationen und Stiftungen. — Rechtsverhältnisse an res religiosae und publicae (Recht des Gemeingebrauchs). — Gegensatz des Individual- und Gemeinrechts — der Besitz und die bonae fidei possessio.

LXI. Das zweite Moment des Rechts ist der rechtliche Schutz — Rechte sind rechtlich[462]) geschützte Interessen, Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses.

Nicht alle Interessen bedürfen des rechtlichen Schutzes, und nicht alle sind desselben fähig.[463]) Nicht jedes Gesetz, welches ein Interesse schützt, verschafft dem Interessenten ein Recht im subjectiven Sinn d. h. einen Rechtsanspruch auf Gewährung dieses Schutzes. Das Gesetz, welches im Interesse gewisser Fabrikationszweige Schutzzölle einführt, kommt den Fabrikanten zu gute, es fördert, schützt sie in ihrem Geschäftsbetriebe, und dennoch gewährt es ihnen keine Rechte. Wie verträgt sich dies mit unserer obigen Definition (S. 339): Rechte sind rechtlich geschützte Interessen? Die Antwort lautet: es liegt hier nur eine bloße Reflexwirkung vor, ein Verhältniß, das allerdings mit dem Recht die größte Aehnlichkeit hat, aber um so sorgfältiger von ihm geschieden werden muß.[463a]) Der Staat erläßt das Gesetz in

462) Man hat dieser Definition den Vorwurf gemacht, daß sie den Begriff des Rechts durch sich selber (rechtlich geschützt) erkläre. Dabei hat man übersehen, daß der Ausdruck Recht im subjectiven, der Ausdruck: rechtlich im objectiven Sinn genommen ist, ich hätte statt des letzteren ebenso gut: staatlich, gesetzlich wählen können. Der Vorwurf fällt auf diejenigen, die ihn erhoben haben, zurück, meine Definition mag sich aus materiellen Gründen bemängeln lassen, aus formalen nicht.

463) Dies übersieht die Krausesche rechtsphilosophische Schule (Note 441).

463a) Ich habe das Verhältniß seit Erscheinen der ersten Auflage in meinen Jahrbüchern X. S. 245 fl. einer eingehenden Betrachtung unterzogen.

Digitized by Google

Wirklichkeit in seinem Interesse, welches hier freilich mit dem der Fabrikanten ebenso Hand in Hand geht, wie bei einem Legat, wodurch Jemand seiner Nichte für den Fall ihrer Verheirathung eine Dos legirt, das der Legatarin und das ihres Mannes. So wenig wie letzterer einen rechtlichen Anspruch auf Auszahlung des Legats erheben kann, ebensowenig die Fabrikanten auf Vollzug des Schutzzollgesetzes, die Anwendung desselben ist von ihrem Wollen oder Nichtwollen völlig unabhängig, lediglich Sache der betreffenden Behörden.

Ich sehe mich an dieser Stelle genöthigt, eine Ansicht, die ich in den vorhergehenden Auflagen vorgetragen habe, zurückzunehmen. Sie lautete: ganz dasselbe, wie von dem obigen Gesetz, gilt auch von den Polizei- und Kriminalgesetzen, sie schützen uns, aber nicht in Form eines uns zustehenden Rechts. Die Behauptung würde richtig sein, wenn das Recht im subjectiven Sinn an die Voraussetzung einer dem Berechtigten zum Zwecke der Behauptung desselben zur Verfügung gestellten Privatklage geknüpft wäre, wie dies bei sämmtlichen Rechten des Privatrechts der Fall ist. Es gibt aber auch öffentliche Rechte, die zweifellos vom Gesetzgeber als solche gemeint und von der Sprache als solche bezeichnet werden. Die Verfassung spricht dem Thronfolger ein Recht auf Nachfolge zu, das Wahlgesetz dem Wahlberechtigten ein Wahlrecht, obschon die Realisirung desselben nicht in Form der Klage erfolgt. Privatklage und Recht im subjectiven Sinn decken sich also nicht. Damit ist die Ansicht, welche ich in Note 447[a] ausgesprochen habe, daß es ein subjectives Recht auf Leben und Freiheit gebe, obschon der Schutz desselben heutzutage dem Strafrichter und der Polizei zugewiesen ist, gerechtfertigt. Nur die Form des Schutzes ist in der modernen Welt gegenüber früheren Perioden der Geschichte eine andere geworden, aber den Charakter eines Rechts hat es dadurch nicht eingebüßt — die Anerkennung eines Rechts der Person auf das, was sie ist: ihrer Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit, Freiheit ist die logisch unumgängliche Voraussetzung aller Rechte, die sie hat. Ob man dieses Recht nach dem

Digitized by Google

formalen Kriterium der mangelnden Privatklage dem öffentlichen Recht oder wegen seines ethischen Charakters dem Privatrecht zuweisen will — der Jurist wird ersteres, der Rechtsphilosoph letzteres thun — gilt mir völlig gleich, für mich handelt es sich hier nicht um die Classification der Privat- und der öffentlichen Rechte, sondern lediglich um die Begriffsbestimmung des Rechts im subjectiven Sinne.

Wie scheiden sich aber diese lediglich durch die Staatsbehörden geschützten Interessen, denen wir den Charakter eines Rechts beilegen, von den obigen Reflexwirkungen des Gesetzes ab, denen wir ihn absprechen? Hier wie dort Interessen, denen die Staatsbehörde ihren Schutz zu Theil werden läßt! Ich erblicke das unterscheidende Merkmal in der Möglichkeit der Constatirung einer individuellen Rechtsverletzung. Werden die Schutzzölle nicht richtig gehandhabt, so ist es nicht dieser bestimmte Fabrikant oder Landwirth, der darunter leidet, sondern alle — die Wirkungen der mangelhaften Handhabung des Gesetzes verlieren sich ins Allgemeine, Unbestimmte. Ganz anders, wenn Jemand an der Ausübung seines Wahlrechts verhindert oder seiner Freiheit beraubt wird, hier ist es diese bestimmte Person, gegen welche eine Rechtsverletzung begangen wird, und wenn sie auch die Verfolgung des gegen sie verübten Unrechts in die Hand der Behörde legen muß, so ist es doch ein Unrecht, das speciell sie getroffen hat, und das als solches ein Recht in ihrer Person implicirt.

Die folgende Ausführung wendet sich ausschließlich den Rechten des Privatrechts zu. Das Kriterium derselben besteht nach römischem Recht in der Klage d. h. in der Anrufung des zur Gewährung dieses Schutzes verpflichteten Civilrichters. Sonach läßt sich das Recht definiren als Selbstschutz des Interesses. Ob dieser Schutz in eigener Person oder durch Stellvertreter, zu denen bei den handlungsunfähigen Personen die Vormünder gehören, ausgeübt wird, verschlägt nichts, denn immer wird hier die Klage erhoben im Namen des Berechtigten, und der Erfolg derselben kommt nur ihm zu gute.

Digitized by Google

Die Klage also ist das Kriterium der römischen Privatrechte. Wo die Klage anfängt unausführbar zu werden, hört die Möglichkeit des civilrechtlichen Schutzes der Interessen auf, wird deren Schutz, soweit nicht der des Strafrichters Platz greift, Sache der Verwaltung, unausführbar aber wird sie bei dem Punkt, wo die Bedingungen, an deren Dasein die Möglichkeit richterlicher Entscheidung geknüpft ist: die genaue Begrenzung der Klage nach Person, Gegenstand, Voraussetzungen und Wirkungen, beziehungsweise die Möglichkeit des civilprocessualischen Beweises dieser Momente, hinwegfallen.[464]) Der Civilrichter kann nur diejenigen Interessen schützen, welche die Gestalt fester Körper an sich tragen; wo sie diese Form abstreifen und in den luftförmigen Zustand übergehen, sich ins völlig Unbestimmte verlieren, hört seine Macht auf[464a]) — man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen, — der Richter aber muß die Sache fassen und greifen können, um sie mit Sicherheit zu beurtheilen, es gilt für ihn dasselbe, was Cicero[464b]) von den Gesetzen sagt: tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt.

---

464) Seneca de benef. III. 7 .. omnia fora vix sufficient. Quis erit, qui non agat, quis, cum quo non agatur? Omnes sua extollunt, omnes etiam minima, quae in alios contulere, dilatant.. Quaecunque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam judic. Ein passendes Beispiel gewährt die Frage von dem Recht auf den Namen bez. dem Recht, die Annahme desselben einem Anderen zu verwehren; „solche Interessen wahrt die Verwaltungsbehörde", Gerber, Deutsches Privatrecht, Aufl. 10 §. 34, Note 1. Meine Abhandlung in den Jahrbüchern XXIII S. 320 ff.

464a) Darum kann es z. B. nicht Aufgabe des civilprocessualischen Verfahrens sein, den nachtheiligen Einfluß der Verminderung des Werths des Geldes auf so manche Rechtsverhältnisse (z. B. auf ein für alle Mal fixirte dauernde Geldprästationen) rechtlich auszugleichen; das Gegentheil würde dahin führen, daß der Richter nicht bloß die Werthverringerung im Lauf eines Jahrhunderts, sondern auch die innerhalb eines Jahrzehnts und selbst eines einzelnen Jahres untersuchen müßte.

464b) Cic. de off. III. 17: Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.

Digitized by Google

Den vorgeschobensten Punkt, bis zu dem der Schutz der Interessen in Form der Klage sich im römischen Recht erstreckt, bezeichnen die actiones populares (I. 201). Die Interessen, um die es sich bei ihnen handelt, verlieren sich in der That ins Unbestimmte, Allgemeine, es sind die der Gemeinschaft, des Publikums; die Handlungen, gegen welche sie Schutz gewähren sollen, sind gemeingefährlicher Art; unser heutiges Recht hat ihre Verhinderung und Ahndung der Polizei überwiesen. Aber nicht überall, wo es derartige Interessen galt, fand eine actio popularis statt, m. a. W. die letztere Klage war kein Princip (Idee des rechtlichen Schutzes allgemeiner Interessen), sondern sie war beschränkt auf diejenigen Fälle, wo das positive Recht sie aufgestellt und nach Voraussetzungen und Wirkungen so genau fixirt hatte, daß damit die praktische Durchführbarkeit der Klage ermöglicht und gesichert war.[465])

Auch in dem Verhältniß der juristischen Personen, sowohl der Corporationen als der milden Stiftungen, handelt es sich um solche sich mehr oder weniger ins Unbestimmte und Allgemeine verlierende Interessen, und der Versuch, dieselben unter die gewöhnliche Form der Klage zu bringen, würde hier auf unübersteigliche Hindernisse stoßen. In welcher Weise das römische Recht diese Aufgabe gelöst hat, ist bereits früher (S. 223—225) entwickelt worden, und es bleibt uns hier nur übrig, uns über die eigenthümliche Verschiebung, welche hier zwischen dem substantiellen und formalen Element des Rechts eintritt, Rechenschaft zu geben.

---

465) Ein interessantes Beispiel s. in L. 2 §. 24 Ne quid in l. p. (43. 8) hoc interdictum (§. 20 ibid.) tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non, harum enim cura pertinet ad magistratus, interessant zugleich in der Beziehung, um zu veranschaulichen, wie nahe bei den obigen Interessen die Form des rechtlichen und die des administrativen Schutzes sich berühren. Die gediegene Bearbeitung, der sich die Popularklagen inzwischen durch Bruns (Zeitchr. f. Rechtsgeschichte III. S. 341 ff.) zu erfreuen gehabt haben, überhebt mich der Nothwendigkeit eines weiteren Eingehens auf dieselben.

Digitized by Google

Beschränken wir uns zunächst auf die Corporation, bei der das natürliche Sachverhältniß durch die juristische Form verhältnißmäßig am wenigsten verdeckt wird. Niemand wird darüber im Zweifel sein, daß die einzelnen Mitglieder es sind (die gegenwärtigen und zukünftigen), denen die Rechte, mit denen die juristische Person ausgestattet ist, zu Gute kommen, und daß diese Wirkung nicht eine zufällige (Reflexwirkung) ist, sondern daß sie den Zweck des ganzen Verhältnisses bildet, daß also die einzelnen Mitglieder die wahren Destinatäre der juristischen Person sind. Wenn nun die Rücksicht auf die Praktikabilität der Klage es mit sich bringt, daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder, sondern nur die zur künstlichen persönlichen Einheit erhobene Gesammtheit derselben die gemeinsamen Interessen verfolgen kann, so liegt darin zwar eine Abweichung von der gewöhnlichen Gestalt des Privatrechts, bei der dem Quotenrecht auch eine Quotenklage entspricht, allein es gehört die gänzliche Befangenheit im juristischen Formalismus dazu (Note 442), um über dieser juristischen Form den realen Sinn und Zweck des ganzen Verhältnisses zu verkennen und den einzelnen Mitgliedern alles und jedes Recht abzusprechen.[466]) Die juristische Person als solche ist völlig genußunfähig, sie hat keine Interessen und Zwecke, kann also auch keine Rechte haben, denn Rechte sind nur da möglich, wo sie ihre Bestimmung erreichen, d. h. einem berechtigten Subject dienen können — ein Recht, das in der Person des Berechtigten nie diesen seinen Zweck zu erfüllen vermag, ist ein Unding, ein Widerspruch gegen die Grundidee des Rechtsbegriffs (S. 339—340).

466) Die äußerste und wahrhaft haarsträubende Consequenz, zu der es diese Auffassung gebracht hat, ist die, daß bei sämmtlichen juristischen Personen, also auch bei denen, welche reine Privatzwecke verfolgen, das Vermögen, insofern nicht vorher ein gültiger Beschluß über die Verwendung desselben gefaßt sei, mit Aufhebung derselben an den Fiscus falle. Man könnte ebenso gut behaupten, daß eine Sache durch Auseinanderfallen, durch Auflösung in ihre einzelnen Stücke res nullius werde. Siehe dagegen meine Ausführung in meiner Abhandlung über die passiven Wirkungen der Rechte, Jahrbücher X. S. 437.

Digitized by Google

Wo der Schein einer solchen Abnormität vorliegt, ist dies eben bloßer Schein, hinter dem Aftersubject steckt das wahre. Entfernt man sich einmal von dieser Grundidee des Rechts, die in dem Satz, daß lediglich der Mensch der Destinatär, das Bestimmungssubject der Rechte ist (Note 446), ihren Ausdruck findet, so findet der Unfug mit dem Personificiren gar keine Grenze mehr, und nachdem man einmal bei den Prädialservituten Grundstücke zum Rang von Personen (warum nicht auch Brauhäuser, Apotheken u. s. w. mit Realprivilegien?) erhoben hat, konnte es kaum noch Wunder nehmen, daß selbst die Papiere auf den Innehaber derselben Ehre theilhaftig geworden sind.

Nein! nicht die juristische Person als solche, sondern die einzelnen Mitglieder sind die wahren Rechtssubjecte, jene ist nichts als die nach außen gekehrte eigenthümliche Erscheinungs- und Vermittlungsform ihrer rechtlichen Beziehungen zur Außenwelt, für den Verkehr im Innern hat diese Form nicht die geringste Bedeutung, hier gelangt der Gesichtspunkt des Rechts der Einzelnen praktisch zur vollen Geltung; die Rechte, die verfassungsmäßig (statutenmäßig) jedem Einzelnen zustehen, kann er, wenn sie ihm bestritten oder durch einen verfassungswidrigen Majoritätsbeschluß entzogen werden, im Wege der Klage verfolgen.[467]) Die durch die eigenthümliche Natur des Verhältnisses gebotene Ausschließung des individuellen Verfügungsrechts, die Unterordnung des Einzelnen unter den Willen der Majorität bei verfassungsmäßigen Beschlüssen, prägt diesen Rechten zwar auch nach der

467) Das römische Recht gibt zwar den Namen der Klage nicht an, allein daß es dies Verhältniß nicht ohne Rechtsschutz gelassen haben wird, darüber kann doch verständigerweise wohl kein Zweifel obwalten, oder hätten z. B. die Mitglieder der römischen Publikanengesellschaften keinen klagbaren Anspruch auf die auf ihre Actie fallende Dividende gehabt?! Für das Recht des Gemeingebrauchs (usus publicus) in Bezug auf die demselben unterliegenden Corporationsgüter z. B. an den zum Gemeingebrauch bestimmten Lokalitäten, Weiden, Wäldern bietet die act. popularis (s. u.) eine passende Analogie.

Digitized by Google

innern Seite hin einen von dem Typus der gewöhnlichen Rechte abweichenden Charakter auf, entzieht ihnen aber den Charakter von Rechten nicht. Wer dies leugnen will, muß den Nachweis führen, daß unſere Definition der Rechte als rechtlich geſchützter Intereſſen oder als Selbſtſchutz der Intereſſen auf einem Fehler beruht.

Die hier entwickelte Auffaſſung war übrigens den Römern ſelber ſo wenig fremd, daß man ſie umgekehrt als die altrömiſche bezeichnen kann,[468]) wie ſie denn überhaupt nur da ſich wird verleugnen können, wo der Gemeinſinn, das Gefühl, daß Jeder in dem Allgemeinen zugleich das Seinige beſitzt, in demſelben Maße darnieder liegt, als die Herrſchaft der juriſtiſchen Formel blüht — nur auf einem gänzlich ungeſunden Boden konnte die bekämpfte Theorie zur Reife gelangen.

Eine noch complicirtere Geſtalt nimmt das obige Verhältniß

---

468) Bezeichnung der Corporation mit dem Namen der Einzelnen: gentiles, cives, municipes, socii vectigalium publicorum, publicani, coloni, decuriones, virgines vestales, sacerdotes. So wird denn auch das Vermögen der Corporation als das der Mitglieder bezeichnet, z. B. agri virginum vestalium (Hyginus ed. Lachmann gromatici veteres S. 117) proprietates ad colonos pertinent (Aggenus ibid. p. 80). Quorum (municipum) omnes facultates . . . locaque communia (Cic. ad fam. XIII, 11), auch von Juriſten, z. B. L. 41 de A. R. D. (41. 1) . . civium non esse . . . tuendi cives. L. 7 §. 2 Quod. cui. (3. 4) . . cum jus omnium in unum reciderit. L. 1 §. 2 ibid. quod eorum commune erit. L. 11 §. 1 quod vi (43. 24) . . res eorum, und in den Geſetzen ſ. z. B. Tab. Malae. c. 60: praedes in commune municipium dato: pecuniam communem eorum salvam iis fore. Jene Ausdrücke: municipes, cives waren übrigens zweideutig, es konnten mit ihnen z. B. bei einem Legat auch die einzelnen Individuen als ſolche (demonstrationis causa) gemeint ſein. In dieſem Fall ward das Legat an die ſämmtlichen im Augenblick des Todes vorhandenen Mitglieder vertheilt, im entgegengeſetzten Fall fiel es an die Gemeinde, wurde „pecunia communis municipum“ im obigen Sinn. Siehe über dieſen bisher kaum beachteten Gegenſatz L. 20 de reb. dub. (34. 5) und L. 2 ibid. L. 23 de ann. (33. 1). So erklärt ſich Ulp. XXII §. 5: nec municipia, nec municipes, worin Savigny, Syſtem B. 2 S. 249 eine bloße Ausdrucksverſchiedenheit erblicken will.

Digitized by Google

bei den Stiftungen an. Daß auch bei ihnen der Zweck und Schwerpunkt dieſer ganzen Rechtsmaſchinerie nicht in letzterer ſelbſt, ſondern in den natürlichen Perſonen liegt, denen die Stiftung zu gute kommen ſoll, daß die Perſonification derſelben alſo nichts als eine *Form* der Zuwendung und Beſtimmung eines *Vermögens* für die Zwecke und Intereſſen unbeſtimmter Perſonen iſt, wird auch hier keiner Ausführung bedürfen.[468a]) Die Armen, Kranken, Wittwen, Waiſen, Kunſtfreunde ſind die Deſtinatäre der entſprechenden Stiftungen.[469]) Aber ſind ſie auch *Subjecte* derſelben, d. h. nimmt dieſe ihre Berufung zu den Nutzungen derſelben den Charakter eines *Rechts* an? Dies entſcheidet ſich darnach, ob ſie eine *Klage* haben. Iſt die Berufung zu der Stiftung in einer Weiſe geſchehen, daß die Perſon des zum Eintritt oder Genuß Berechtigten im einzelnen Fall völlig beſtimmt iſt, ſo liegt ein ſtiftungsmäßiger Anſpruch vor, deſſen klagweiſe Verfolgung gar keinem Anſtand unterliegen kann. Wie aber, wenn dies nicht der Fall, wenn alſo die Aufnahme der einzelnen Beneficiaten rein dem Ermeſſen der verwaltenden Behörde überlaſſen iſt? Hier kann von einer Klage nicht die Rede ſein — es handelt ſich hier um einen Akt der Adminiſtration, nicht der Juſtiz. Aber wenn es nun der Adminiſtration gefiele, die ganze Stiftung ihrem Zweck zu entfremden, die Kunſtanſtalt z. B. zu ſchließen oder bloß Künſtlern den Zutritt zu verſtatten — iſt denn das Publikum dagegen machtlos? Ich meine damit nicht

---

468a) Die einſeitige formal-juriſtiſche Behandlungsweiſe des Rechts, welche das Zweckmoment völlig aus dem Auge verliert und ſich auf dieſe Beſchränktheit wohl gar noch etwas einbildet, hat freilich dem Verhältniß eine Geſtalt gegeben in der man es kaum wiedererkennt, man ſehe z. B. die Darſtellung desſelben bei *Mühlenbruch*, Rechtl. Beurtheilung des Städelſchen Beerbungsfalles S. 69 fl., womit zu vergleichen die Auffaſſung ſeiner Gegner S. 90 fl.

469) In der ſpäteren römiſchen Zeit wurden bei einer zu ihren Gunſten beabſichtigten Stiftung nicht ſelten ſie ſelber zu Erben eingeſetzt, z. B. die pauperes, captivi, L. 24, 28, 48 Cod. de episc. (1. 3), L. 19 Cod. de sacr. eccl. (1. 2).

Digitized by Google

den Weg der Beſchwerde bei der oberſten Staatsbehörde, ſondern den Weg des Rechts. In der That hat das ſpätere römiſche Recht denſelben eröffnet,[470]) es verſtattet Jedem eine actio popularis auf Realiſirung einer in einer letztwilligen Urkunde errichteten Stiftung. Unſerer Definition des Rechtsbegriffes zufolge würde demnach auch hier ein Recht anzunehmen ſein, denn die beiden Momente: das Intereſſe und der Selbſtſchutz desſelben liegen vor. Daß der Kläger nicht ausſchließlich ſein perſönliches Intereſſe, ſondern in und mit demſelben zugleich das allgemeine verfolgt, ſteht der Annahme eines Rechts nicht entgegen — es iſt eben eine actio popularis.

Ganz dieſelbe Erſcheinung wiederholt ſich bei dem Rechtsverhältniß an res sacrae, religiosae und res publicae. Nur ſcheinbar wird an dieſen Sachen die Möglichkeit eines Rechtsverhältniſſes geleugnet, indem ſie von den römiſchen Juriſten zu den res extra commercium gezählt werden. Denn commercium iſt keineswegs gleichbedeutend mit Möglichkeit eines Rechtsverhältniſſes, die Bedeutung dieſes Ausdrucks iſt vielmehr eine ungleich engere, nämlich: rechtliche Möglichkeit Handelsobject (merx, mercari, commercium) zu ſein, verkauft zu werden. Der Mangel dieſer Eigenſchaft entrückt die Sache im Mindeſten nicht dem Dienſt des Menſchen, — welche Sachen dienen ihm z. B. mehr, als gerade die res publicae? — ſondern beſchränkt nur dieſen Dienſt ausſchließlich auf eine der oben S. 346 aufgeführten Genußformen, nämlich auf die der Beſtimmung der Sache entſprechende reale Benutzung derſelben mit Ausſchließung jeder anderen Genußform, namentlich auch der juriſtiſchen mittelſt Verkaufens oder Vermiethens, kurz auf das

---

470) Juſtinian in der nicht gloſſirten const. 45 [46]; L. 6 Cod. de episc (1. 3) .. et cuicunque civium idem etiam facere licentia erit. Cum enim sit communis pietatis ratio, (gemeinnütziges Intereſſe) communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis, habituro unoquoque licentiam ex nostra hac lege movere ex lege condictitiam et postulare relicta impleri.

Digitized by Google

„uti“.[471]) Ganz dieſelbe Beſchränkung wiederholt ſich auch bei den Prädialſervituten und der perſönlichen Servitut des Uſus. So wenig wie bei ihnen, ſo wenig ſchließt dieſe Beſchränkung bei den res sacrae, religiosae und publicae die Annahme eines Rechts an der Sache aus. Bei den beiden erſtgenannten Arten von Sachen kommt daſſelbe dem Eigenthum ziemlich nahe, wie dies die römiſchen Juriſten ausdrücklich bemerken.[472]) Es iſt ein exkluſives Recht wie dieſes und iſt eben ſo vollſtändig geſchützt, nur daß die Form der Klagen eine andere iſt.[473]) Das Recht an den res religiosae konnte ſogar übertragen werden, nur nicht für Geld (Note 460), es entſtand durch longi temporis praescriptio,[474]) kurz es fehlte ihm nichts zum Recht an der Sache.[475]) Ihm dieſe Eigenſchaft beſtreiten kann nur derjenige, welcher das Eigenthum und die ihm entwachſenen Rechte für die einzig mögliche Form des Rechts an der Sache hält. Erkennt man dieſen

---

471) Im neueſten Recht iſt bei den res sacrae unter gewiſſen Beſchränkungen der Verkauf zugelaſſen L. 21 Cod. de sacr. (1. 2) Nov. 120 c. 10.

472) L. 2 §. 2 de int. (43. 1) . . veluti proprietatis causam continent. Tit. Cod.: Ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis exceptione summoveatur (7. 38). L. 21 Cod. de sacr. eccl. (1. 2); von dem Grabmal gebrauchten ſchon römiſche Juriſten den Ausdruck dominus, L. 6 de sep. viol. (47. 12) oder erkannten doch, wenn ſie an der Strenge des Begriffs feſthielten, die Anwendbarkeit der nöthigen Rechtsſchutzmittel auf daſſelbe an L. 13 §. 5 quod vi (43. 24).

473) Nicht die reivindic. [L. 4 Cod. de relig. (3. 44), von Alexander Severus] ſondern Interdicte (Note 472) und actiones in factum ſ. z. B. L. 43 de R. V. (6. 1). Für die ſpätere Zeit hatte dieſer formelle Gegenſatz ſeine Bedeutung verloren, hier konnte man daher die Klage geradezu als vindicatio bezeichnen, ſ. den in der vorigen Note citirten Codextitel.

474) Nach L. 6 Cod. de rel. (3. 44), nicht nach L. 4 de mort. inf. (11. 8).

475) Darum ſprechen denn auch die Quellen nicht bloß von einem jus prohibendi des Berechtigten L. 8 §. 4 de relig. (11. 7), ſondern geradezu von einem jus sepulcri und jura sepulcrorum, L. 4 de mort. inf. (11. 8), L. 3 §. 9 de sep. viol. (47. 12). L. 4, 6, 8, 13 Cod. de rel. (3. 44), von einem jus monumenti, L. 13 §. 7 Damni inf. (39. 2), von dem „Intereſſe“ deſſen, dem das Grabmal gehört (ad quem pertinet L. 3 pr. §. 8—10 cit.

Digitized by Google

Irrthum als das, was er ist,[476]) so wird man auch über die Natur des Rechtsverhältnisses an den res publicae nicht im Zweifel sein können. Dasselbe ist in keiner Weise erschöpft, wenn man es lediglich auf die rechtliche Qualität des Gegenstandes als einer dem Verkehr entzogenen und dem allgemeinen Gebrauch überwiesenen Sache stellt und es demgemäß bei der Lehre von Eigenschaften der Sachen erörtert,[477]) gleich als handle es sich hier lediglich, wie bei der res nullius, um den rechtlichen Zustand einer Sache. Der Sache steht hier vielmehr eine Person gegenüber, der sie dient,[478]) und nicht bloß zufällig, faktisch, sondern vermöge rechtlicher Nothwendigkeit — in diesem Dienst, in dieser ihrer totalen Hingabe an den gemeinen Gebrauch (usus publicus) geht ihre ganze Bestimmung auf.[479]) Zu einem Recht aber gestaltet sich das Verhältniß erst dadurch, daß den Destina-

476) Gegen diesen Irrthum habe ich mich bereits früher in zwei den Baseler Festungsstreit betreffenden Gutachten (1862. No. 1 Leipzig, No. 2 Basel) ausgesprochen. Das Eigenthum ist nicht die einzige Form des „Gehörens". Meine Haare gehören mir und wenn sie abgeschnitten sind, fallen sie in mein Eigenthum, daraus folgt aber noch nicht, daß sie mir schon vorher in dieser Form gehören müßten. So „gehören" auch die res publicae dem Staat und, wenn sie dem Gemeingebrauch entzogen sind, fallen auch sie unter die Form des gewöhnlichen Eigenthums, daraus folgt aber nicht im Mindesten, daß das Gehören, das „populi, universitatis esse" schon früher diese Form an sich tragen müsse. Auch von den im Gemeingebrauch stehenden Sachen (res publicae) heißt es: „universitatis esse creduntur", gleichwohl aber wird von ihnen gesagt: „nullius in bonis d. h. im Eigenthum) esse creduntur" L. 1 pr. de R. D. (1. 8), und die res „quae communes omnium sunt", stehen nicht im Miteigenthum.

477) Der erste, der sich von dieser althergebrachten Sitte losgerissen hat, ist Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts B. 1 (1862) §. 146. Bis zur Anerkennung des von mir bereits vor dem Erscheinen dieses Werks in dem obigen ersten Gutachten postulirten Recht des Gemeingebrauchs ist auch er freilich noch nicht vorgegangen.

478) Privatorum usibus deserviunt, L. 2 §. 2 Nequid i. l. p. (43.8).

479) L. 2 §. 5 cit.: publico usui destinata sunt. L. 83 §. 5 de V. O. (45. 1): usibus publicis in perpetuum relicta. §. 2 I. de inut. stip. (3. 19): usibus populi perpetuo exposita.

Digitized by Google

täten: den Staatsangehörigen, Gemeindemitgliedern — dem Fremden kommen dieſe Sachen bloß in Form der Reflexwirkung zu gute — eine Klage: die oben berührte actio popularis eingeräumt iſt, und zwar nicht etwa bloß zur Verfolgung des allgemeinen, ſondern auch des eigenen Intereſſes (I. 202). Daß die römiſche Rechtstheorie dieſes Recht nicht mit regiſtrirt hat,[480] darf uns ebenſo wenig Wunder nehmen, als abhalten, das Verſäumte nachzuholen.

Indem wir letzteres thun, werden wir nicht umhin können, das Recht des Gemeingebrauchs unter die Zahl der Rechte an den Sachen aufzunehmen. Zu dem Ende bedarf freilich der letztere Begriff oder richtiger der Begriff des Rechts überhaupt einer Erweiterung.

Derſelbe ſpaltet ſich in zwei Aeſte: das Individualrecht und Gemein- oder Geſammtrecht. Der Charakter des erſteren beſteht in dem Moment der Ausſchließlichkeit, der excluſiven Berechtigung, womit die Möglichkeit einer Theilung des Rechts nicht im Widerſpruch ſteht — in jeder Quote des Rechts wiederholt ſich die Contraction des Rechts auf ſich ſelbſt, ſeine Abſperrung nach außen hin. Bei den meiſten dieſer Claſſe angehörigen Rechten geſellt ſich noch das Moment der abſoluten Herrſchaft d. i. der freien Dispoſitionsbefugniß oder, wie ich es bezeichnet habe (S. 349), die Wahl der Genußformen hinzu. Wie wenig weſentlich aber dies Moment iſt, zeigen die auf den bloßen usus beſchränkten Servituten und das obige Recht an res religiosae, welches ebenfalls zur Claſſe der Individualrechte gehört.

Der Charakter der zweiten Claſſe beruht auf der Abweſenheit des excluſiven Moments oder, poſitiv ausgedrückt, auf der unge-

480) Obſchon ſie den dieſem Verhältniß innewohnenden Rechtsgehalt gelegentlich anerkennt, ſ. z. B. L. 2 §. 2 Ne quid in l. p. (43. 8) . . tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Bei den Byzantinern (Schol. 30 Bas. lib. 60 tit. 4 l. 5) kommt der Ausdruck: δίκαιον δημοτικὸν (jus populare, nicht publicum) vor.

Digitized by Google

theilten und untheilbaren Gemeinsamkeit des Genusses. Zu den Rechten dieser Classe zählen außer dem Rechte des Gemeingebrauchs auch die oben beschriebenen, welche Jemand als Mitglied einer Corporation (Genossenschaft) oder als Destinatär einer milden Stiftung hat. Alle diese Rechte sind geknüpft an die Zugehörigkeit zu einem gewissen Kreise von Personen, möge er weit oder eng sein, sie entstehen mit dem Eintritt, sie hören auf mit dem Austritt. Ihre Bestimmung und ihr Nutzen erschöpft sich nicht in den Interessen dieser gegenwärtigen Subjecte, sondern sie haben die Interessen der Gattung, auch der kommenden Generationen zum Gegenstande. Eben daraus ergibt sich für ihre legislative Gestaltung ein folgenreicher Gesichtspunkt. So wie der Staat in vormundschaftlicher Fürsorge sich der Personen annimmt, die selber ihre Rechte nicht wahren können, so wie dem Ungebornen sein Antheil an der auf ihn gefallenen Erbschaft gesichert wird, so hat auch der Staat für die kommenden Geschlechter Fürsorge zu treffen und darüber zu wachen, daß nicht eine egoistische Gegenwart einen Raub an ihnen begehe, indem sie das auch für sie mit Bestimmte seiner Bestimmung entfremde und lediglich für ihre Zwecke verzehre.[480a]) Aber andererseits hat doch das lebendige Geschlecht ein höheres Recht, als das noch ungeborne, die Noth des Tages einen dringlicheren Anspruch, als die Rücksicht auf die Zukunft, es kann Fälle geben, wo ein Angreifen des Capitalvermögens oder die Veränderung des Bestimmungszweckes vollkommen gerechtfertigt ist.[481]) Diese Vermittlung zwischen den Interessen und Rechten der Generationen: zwischen dem Stiftungswillen der Vergangenheit, der Noth der Gegenwart und der Anwartschaft der Zukunft ist eine Frage der höheren historischen Gerechtigkeit, wie sie nicht ein für alle Mal durch eine im voraus festgesetzte starre Rechtsregel, sondern nur durch die freie Ein-

480a) Siehe meine Abhandl. über die passiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrb. X. S. 436.

481) Beide Gesichtspunkte sind von Justinian richtig erkannt; der eine in L. 45 [46] §. 9 Cod. de episc. (1. 3), der andere in L. 21 Cod. de sacr eccl. (1. 2) und Nov. 120 c. 10.

Digitized by Google

sicht der obersten Staatsgewalt befriedigend gelöst werden kann — das Recht geht bei diesem Punkt in die Administration über.

Die bisherige Erörterung hatte zum Zweck, unsere Definition des Rechts an einigen Verhältnissen zu erproben, bei denen man bisher das Vorhandensein eines Rechts übersehen hat. Auch bei dem Besitz ist bekanntlich die Frage, ob er zu den Rechten zu zählen, und zu welcher Classe derselben, außerordentlich streitig. Wenn die bisher entwickelte Begriffsbestimmung des Rechts richtig ist, so versteht sich die Bejahung der ersteren Frage von selbst: der Besitz ist ein rechtlich geschütztes Interesse.[482]) Da dies Interesse aber die Sache zum Gegenstande hat und zwar unmittelbar (nicht wie bei der Obligation mittelbar), so ist der Besitz zu den Rechtsverhältnissen an der Sache zu stellen. Ganz dasselbe gilt von der bonae fidei possessio. Daß weder diese beiden Verhältnisse, noch die Rechtsverhältnisse an den res publicae und religiosae der Aufnahme unter die Sachenrechte gewürdigt sind, hat nur darin seinen Grund, daß man ganz unkritischer Weise den Begriff des Rechts an der Sache lediglich nach dem Eigenthum und den jura in re aliena zuschnitt, gleich als erschöpften sie die rechtlichen Beziehungen des Menschen zur Sache, oder als seien die übrigen, weil sie hinter ihnen an Rechtsgehalt zurückstehen, nicht ebenfalls rechtlich geschützte Beziehungen zur Sache. Der Besitzer und bonae fidei possessor, sagt man, weichen dem Eigenthümer.

---

482) Die römischen Juristen erkennen das mit dem Besitz verbundene Recht nicht selten an z. B. L. 2 Uti poss. (43. 17) und L. 36 i. f. de poss. (41. 2): plus juris. L. 2 §. 38 Ne q. i. l. p. (43. 8) jure possessionis fruitur, L. 44 pr. de poss. (41. 2) jus possessionis non videri peremtum, L. 38 §. 3 de V. O. (45. 1) . . minuitur ex jure, quod habuit. Wenn sie andererseits dagegen den Besitz als etwas Faktisches bezeichnen, so steht das damit keineswegs im Widerspruch. Das Faktum des Innehabens ist die Grundlage für das Recht des Besitzes, in derselben Weise, wie das Faktum der physischen Existenz des Menschen die Grundlage für das mit ihr verbundene Recht der Persönlichkeit. Hier wie dort geht das Recht mit dem Faktum unter, aber die Ansprüche aus einer Verletzung desselben dauern fort.

Digitized by Google

Gewiß! aber hat nicht letzterer auch dem Pfandgläubiger zu weichen, und dieser wiederum jenem, wenn derselbe die Schuld abtragen will? Gehört es zum Begriff des Rechts an der Sache, daß es keinem andern weicht? Hört das Eigenthum des Verkäufers dadurch auf, Eigenthum zu sein, daß dem Käufer ein Zwangsrecht auf Uebertragung desselben zusteht? Nur die fixe Idee, als ob der Begriff eines Rechtsverhältnisses an der Sache durch den Charakterzug des Absoluten bedingt sei, hat es in meinen Augen verschuldet, daß man dem Besitz den Charakter eines Rechts abgesprochen hat. Der Besitz ist ein minderes Recht als das Eigenthum, aber da er, so lange er besteht, auf den Rechtsschutz Anspruch hat, fällt er als rechtlich geschütztes Interesse der Person an der Sache unter den Begriff des Rechts.

Ich glaube die praktische Bedeutung des Besitzes mit einem Wort wiedergeben zu können, indem ich ihn als das Eigenthum in der Defensive bezeichne. Es wäre um das Eigenthum geschehen, wenn der Eigenthümer, um sich im Genuß seines Rechts zu schützen, jedes Mal sein Eigenthum beweisen müßte; die Vollständigkeit des Eigenthumsschutzes postulirt vielmehr mit absoluter Nothwendigkeit den Satz, daß schon die bloße Thatsächlichkeit des Eigenthums d. i. der Besitz respectirt und geschützt werden müsse.[482a]) Die Besitzrechtsmittel repräsentiren die Defensive, die rei vindicatio die Offensive im Eigenthum. Indem aber dieser defensive Schutz des Eigenthums, der nicht minder wie der offensive innerhalb seiner Sphäre ein absoluter ist d. h. gegen jeden ertheilt wird, der das Eigenthum von dieser Seite antastet, von dem Beweis des Eigenthums entbunden wird, ergibt sich daraus die nothwendige Consequenz, daß auch der besitzende Nichteigenthümer desselben theilhaftig wird — um den Eigenthümer als Besitzer, mußte man den Besitzer schlechthin, d. h.

482a) Die obige Idee ist inzwischen des Nähern von mir ausgeführt in meiner Schrift: Ueber den Grund des Besitzesschutzes. Aufl. 2 Jena 1869.

Digitized by Google

auch den unberechtigten Besitzer schützen[482b]), das ist aber nicht der Zweck des Instituts, sondern lediglich eine unabwendbare Folge — der Preis, um den man dasselbe erkaufen mußte. Damit aber gestaltete sich der Besitz zu einem selbständigen Rechtsverhältniß neben und außer dem Eigenthum, also zu einem Recht an der Sache. Das Charakteristische desselben läßt sich mit einem Wort bezeichnen als: eine zur Selbständigkeit des Schutzes und Rechts erhobene Situation des Eigenthums.

Von der b. f. possessio gilt ganz dasselbe: sie ist eine zur Selbständigkeit des Rechts erhobene Form des offensiven Schutzes des Eigenthums. Daß ihr der Charakter eines Rechts an der Sache zukommt, würde in einem Recht, das den Schutz und die Idee des Eigenthums lediglich in dieser minderen Form anerkannt hätte, Niemand bezweifeln, und nur dem Umstand, daß das römische Recht neben dieser schwächern Form noch die stärkere der reivindicatio ausgebildet hat, ist es meines Erachtens zuzuschreiben, daß man jenes Rechtsverhältniß bisher nicht als eine Eigenthumsform anerkannt, dasselbe vielmehr im System in derselben Weise unter der actio Publiciana hat verschwinden lassen, wie das Rechtsverhältniß an den res publicae und religiosae unter der Lehre von den Sachen. Diese systematische Stellung und die darin sich kundgebende Auffassung würde richtig sein, wenn die Publiciana lediglich dem Eigenthümer zugedacht, also an den Beweis des Eigenthums geknüpft wäre. Da sie aber gerade dafür bestimmt ist, diesen Beweis durch einen leichteren zu ersetzen, den auch der Nichteigenthümer erbringen kann, so gestaltet sie sich ebendamit zum Schutzmittel eines selbständigen sachenrechtlichen Verhältnisses außer und neben dem Eigenthum. Möge dasselbe im Zusammenstoß mit dem Eigenthum immerhin unterliegen, gleichwie der Besitz im Zusammenstoß mit einem von ihnen beiden — so lange dieser Zusammenstoß nicht erfolgt ist, bewegen

---

482b) Seneca de beneficiis IV 28: quaedam non poterant ceteris contingere, nisi universis darentur.

Digitized by Google

sie sich innerhalb der ihnen zugewiesenen Bahnen ganz mit der Kraft und Autorität eines Rechts. Die Voraussichtlichkeit des Unterganges beim Eintritt eines gewissen Umstandes schließt die Existenz des Rechts bis zu diesem Eintritt in keiner Weise aus (III. 656).

Für die praktische Jurisprudenz hat das eben Entwickelte nicht den geringsten Werth, und schwerlich würden sich die römischen Juristen die Mühe genommen haben, die berührten Fragen eingehender zu behandeln. Ihr Standpunkt war der unmittelbar praktische der Klage. Wie das der Klage zu Grunde liegende Recht systematisch zu charakterisiren und classificiren sei, kümmerte sie wenig, — hat man doch sogar behauptet, daß sie nicht einmal beim Pfandrecht die Abstraction von der Klage auf das Recht gemacht, sondern sich bei der Vorstellung der Pfandklage beruhigt hätten. Unser heutiger Standpunkt ist aber, wie bereits an der angeführten Stelle bemerkt ward, ein gänzlich anderer geworden, das Fundament unserer heutigen wissenschaftlichen Systematik bildet nicht die Klage, sondern das Recht. Aber freilich fehlt noch viel an der consequenten Durchführung desselben; mit dem einen Fuß stehen wir auf dem römischen, mit dem andern auf dem modernen Boden, unsere Systematik der Rechte und der Klagen schiebt sich nicht selten in wunderbarster Weise durcheinander, die in rem actiones finden ihren Platz bei den Rechten, denen sie dienen, aber die ebenfalls zum Schutz dieser Rechte bestimmten in personam actiones (z. B. die actio aquae pluviae arcendae die cautio damni infecti u. a. m.) wandern ins Obligationenrecht. Weniger um diesen Mangel aufzudecken, als um die aufgestellte Definition des Rechts gegen einige nahe liegende Einwendungen zu vertheidigen, war ich gezwungen, die Verhältnisse, denen man letztere entnehmen konnte, einer Betrachtung zu unterziehen. Eine weitere Verfolgung des Verhältnisses zwischen Recht und Klage ist an dieser Stelle weder geboten, noch thunlich.

Digitized by Google

Sachregiſter.

(Die eingeklammerten Ziffern betreffen die Anmerkungen. Sie ſind vielfach lediglich behufs leichterer Auffindbarkeit der angezogenen Stellen beigefügt. Von den römiſchen Zahlen bedeutet I. den erſten Theil, II. den zweiten Theil, erſte Abtheilung, III. den zweiten Theil, zweite Abtheilung, IV. den dritten Theil, erſte Abtheilung. R. = Recht, o. = oben, u. = unten.)

A

Abdication des Magiſtrats II. 284 (454). IV. 231.

Aberglaube I. 352 (256). III. 616 (847).

Abfindungsſumme s. poena.

Abſolut, angeblicher abſoluter Charakter gewiſſer Rechtsbegriffe III. 347; IV. 313; — Gegenſatz des Abſoluten und Relativen, ausgedrückt in der Formel des Rechtsgeſchäfts III. 485; bei der Exceptio IV. 107; — bei der Ungiltigkeit (Nichtigkeit, Vitioſität) IV. 227. 230; — bei der Aeſtimation II. 110.

Absolve in der formula; Nothwendigkeit III. 619 (854).

Abſtraction, juriſtiſche II. 298; III. 337; — die Abſtraction gegenüber den natürlichen Unterſchieden der Dinge II. 89. 108 oben, 141 unten.

Abſtracte Rechtsſätze III. 342; — Eigenthumsübertragung IV. 210; — Obligation IV. 215 (265b) — Pfandrecht IV. 215 (265b); — abſtract u. ſpecifiſch beſtimmtes Subject bei der Klage IV. 42 unten. — abſtracte u. concrete Analyſe IV. 178.

Abweſenheit, Rechtsgeſchäft unter Abweſenden III. 664. — Berückſichtigung derſelben Seitens der individualiſirenden Tendenz des ſpätern R. R. I. 65.

Acceptilation III. 593 (801), 627; IV. 218. — bei einer bedingten Schuld IV. 164 (201); IV. 255, 307 (422) Vornahme durch Mittelsperſonen.

Acceſſion III. 387.

Actio als ſyſtematiſche Kategorie I. 268;

— ad exhibendum II. 116 (129); IV. 31, 47;

— aquae pluviae arcendae Stellung im Syſtem IV. 368; — IV. 46 (34); — III. 654 (905) Interpretation von si nocet — III. 460 (631);

— arbitraria Erlangung der beſtimmten Sache ſtatt des Geldwerthes IV. 343 (451); — I. 78;

— arborum furtim caesarum III. 654, IV. 29 (7a);

— auctoritatis I. 157; — II. 116 (128); — III. 546 (728) Anwendungsgebiet; IV. 140. IV. 108;

— communi dividundo Verhältniß derſelben zur pro socio IV. 42;

— confessoria II. 231; — Formulirung IV. 85 (96) — Correſpondenz zwiſchen Begründung und gerichtl. Geltendmachung des Rechts III. 628 (866); — nicht auf Schadenserſatz gerichtet IV. 30 (10), 47 Abſ. 2; keine contravindicatio IV. 101 (127); — Erzwingbarkeit der Duldung nothwendiger Wegereparaturen IV. 29 (9);

— de constituta pecunia IV. 158;

— de eo quod certo loco IV. 220 (271);

— de peculio II. 171; Abzug bei derſelben IV. 74;

Digitized by Google

Actio depensi des Bürgen gegen den Schuldner II. 116 (130) Litiscrescenz beim Leugnen des Beklagten;
— depositi II. 116 (127);
— de servo corrupto III. 426;
— de tigno juncto II. 116 (128); Construction III. 373, 654;
— emti Zulässigkeit der Klagencumulation IV. 35 (19);
— exercitoria der neueren Zeit angehörig II. 101 (101); II. 247 (380) Sklavenwirthschaft. — III. 339.
— familiae erciscundae IV. 32(14); — bei einer Mehrheit denselben Parteien gemeinschaftlicher Erbschaften IV. 35;
— funeraria I. 294 (197);
— furti concepti II. 159 (208); prohibiti II. 160. — furti Formulirung IV. 58 (44);
— in factum concepta IV. 58 (45); ein- und zweigliedrige Fassung derselben IV. 59; in jus concepta IV. 60;
— in factum propter alienationem judicii mutandi causa IV. 29;
— injuriarum aestimatoria I. 65; individualisirende Tendenz des späteren R. R. IV. 342 (450); II. 120 (138);
— in rem und in personam absoluter Gegensatz im ältern R. IV. 198; — II. 116 (129) Verurtheilung des Bekl. auf doppelte Früchte bei den act. in rem;
— institoria IV. 223 (276) Verfolgung der Rechte mehrerer Gemeinschaftsinteressenten durch einen ihnen gemeinsamen Sklaven; II. 101 (101) der neueren Zeit angehörig; II. 247 (380) Sklavenwirthschaft; III. 339;
— judicati II. 116 (130) Litiscrescenz;
— legis Aquiliae II. 120 (138) Berücksichtigung des Interesse;
— mixta IV. 28 u., IV. 92 (113);
— negatoria II. 231; III. 628; Formulirung IV. 85 (96); Zwang zur Wahl derselben IV. 84; nicht auf Schadensersatz gerichtet IV. 30 (10), 47 Abs. 2;
— Pauliana II. 150; III. 427 (584b);
Actio pro socio bei einer Mehrheit zwischen denselben Parteien bestehender Societäten IV. 35 (19); ihr Verhältniß zur actio communi dividundo IV. 42, IV. 76 (77);
— Publiciana III. 339, IV. 105 (129d), IV. 308 (422);
— quanti minoris II. 110 (117), III. 339;
— quod metus causa IV. 110, 213 (264), IV. 126, IV. 320 (430); actio und exceptio q. m. c. Organisation der processualen Vertheidigung IV. 49 (35);
— quod jussu Verfolgung der Rechte mehrerer Gemeinschaftsinteressenten durch einen ihnen gemeinsamen Sklaven IV. 223 (276);
— rationibus distrahendis II. 116 (127), 296 (469), IV. 200;
— recepticia IV. 218(267a); — aus den Bedürfnissen des röm. Wechselverkehrs entstanden IV. 220;
— redhibitoria III. 339;
— sepulcri violati IV. 113 (139);
— Serviana dinglicher Schutz des Pfandrechts zuerst beim Pachtverhältniß eingeführt III. 340;
— suspecti tutoris I. 186;
— tributoria II. 247 (381) Sklavenwirthschaft;
— tutelae II. 296 (469);
— vi bonorum raptorum IV. 29 (8).
Actionen, processualische Individuen IV. 32; — Beispiele IV. 27 bis 31; — Unzulässigkeit der Klagencumulation IV. 33.
Actionensystem IV. 20.
Actiones populares I. 186, 201, 211; — in den Fällen unserer heutigen Polizeicontraventionen II. 83, 135 (145b); — IV. 113 (139), 121 (159), 125 (164), 355, 360 (470);
Actiones praejudiciales bei der Dos IV. 71; — bei der quarta Falcidia IV. 73 (70); — beim Patronat IV. 97 (120).
Actor I. 174.
Actus legitimi III. 592 (798f).
Addiction I. 130, 138.
Adoption, Form II. 186 (275), III. 525, 553; — Solennität II.

Digitized by Google

17; — Unübertragbarkeit der Rechte III. 437 (599); — Vornahme in Rom III. 667; — in concione III. 525 (681b); — Structur IV. 158; Mißbrauch zu vermögensrechtl. Zwecken, Scheinadoptionen IV. 267 (342), III. 469 (643), IV. 268 (347); — zum Zwecke der transitio ad plebem IV. 277; 296 — Verschiedenheit nach dem Geschlecht des zu Adoptirenden II. 103 (106); — Einheit des Aktes IV. 158—169 Unzulässigkeit des dies und der conditio; — regia IV. 299 (404), 277.
Adpromissor IV. 254 (328).
Adstipulator IV. 254 (328).
Aequitas wahre und falsche Gleichheit II. 91 (89).
Aesthetisches Interesse der Rechtsgestaltung III. 380. 485. 508. 562.
Aedilen II. 251 (387).
Aestimation, objective (absolute), subjective (relative) II. 110; — richterliche I. 174; III. 435; IV. 342 u.
Ager publicus I. 200. — Romanus III. 670 (933); — II. 152 lex Licinia Sextia; — II. 253 Landanweisungen.
Agere cum compensatione, deductione IV. 80 (86).
Agnation, Gegensatz zur Cognation, Zusammenhang mit der Gentilverfassung I. 206.
Alienation, ursprünglicher u. späterer Begriff III. 427 (584b); — in fraudem creditorum II. 150.
Alphabet des Rechts I. 42; III. 334 u. flg.; Vergleichung mit dem der Sprache III. 345 u.
Alter, jugendliches, Einfluß im Recht II. 105; — historisches, als Bestimmungsgrund für die Reihenfolge bei der Aufzählung III. 616 (848).
Ambulatoria est voluntas defuncti u. s. w. II. 226 (352).
Analogie s. Ausdehnung.
Analyse, logische, des Rechts I. 39; II. 140; III. 334; — abstracte im Gegensatz zur concreten IV. 178; — auf dem Gebiet der Religion III. 399 flg., IV. 11.
Analytische Methode IV. 11; — im Proceß IV. 15; — beim Rechtsgeschäft IV. 134; — bei den Rechtsbegriffen IV. 178, 206.
Anerkennung IV. 216 (266).
Anfangsbildung, Charakter derselben I. 307.
Anfechtungsklagen, relative, absolute IV. 212.
Anschauung des Laien III. 317; — des juristischen Körpers III. 384; — naturhistorische in Anwendung auf das Recht III. 358, 359.
Antretung der Erbschaft III. 522.
Applicatio I. 236 (130b).
Apprehension, heimliche, Besitzerwerb bei beweglichen Sachen II. 108 (115).
Aquae et igni interdictio I. 287.
Arbiter liti aestimandae I. 137 flg.; 175; IV. 195.
Arbitrari, Gebrauch des Wortes III. 610 (833).
Arbitrium de re restituenda IV. 256.
Arbor infelix I. 278.
Argentarius, Klage IV. 43 (26), 80 (85).
Arrogation, Sicherung der Gläubiger durch die öffentliche Form derselben III. 500 (667a); 513; — unter öffentlicher Garantie abgeschlossen I. 220; — Mitwirkung des Volkes III. 525. — Veränderung ihrer Form III. 513; — Untersuchung bei derselben IV. 267 (345); — Verwendung zu vermögensrechtlichen Zwecken IV. 268; — Vornahme in Rom III. 667; — zum Zweck der transitio ad plebem IV. 296; — Versprechen des arrogator impuberis an den servus publicus zwecks Caution für die Restitution des Vermögens IV. 251; — IV. 169.
Ars illiberalis II. 246.
Assignation von Land II. 253.
Association, Anerkennung des Rechts dazu in den XII Tafeln II. 65 (54).
Asyl I. 288.
Auctoritas tutoris III. 587 (796a), 615 (842); — actio auctoritatis, s. actio.
Auffassung natürliche, siehe Anschauung.

Digitized by Google

Augur I. 347, 356; Gültigkeit seiner Verkündigung auch im Falle der Unwahrheit IV. 228.
Ausdehnung, analoge I. 32 u.; III. 338; — locale Ausdehnung des Staatsgebiets, Einfluß dieser Thatsache auf die Rechtsformen III. 669.
Auslegung s. Interpretation.
Auslobung des modernen Rechts IV. 251 (322).
Ausnahme, scheinbare im Recht III. 356 (503); — Stellung in der Formel III. 620 (858).
Ausschlagung der Erbschaft, Erforderniß der Delation IV. 164 (198).
Auspicien I. 353. IV. 227.
Ausübung des Rechts IV. 345.
Autonomie, altrömische, System derselben II. 122; — gesetzliche Anerkennung derselben in den XII Tafeln II. 65 (52—54); auf dem Gebiet des Erbrechts und Eigenthums II. 149.

B.

Bänder, symbolische Bedeutung III. 566 (756).
Bankier s. Argentarius.
Bedingung, Nothwendigkeit und eigenthümlicher Nutzen IV. 166. — Unstatthaftigkeit IV. 168; Unstatthaftigkeit bei actus legitimi III. 592 (798 f.) — Stellung in der Formel III. 619 Nro. 4; — Surrogat für den zweiseitigen Vertrag IV. 259; — Pendenz IV. 170 (212); — bei der Freilassung im Testament II. 170 (235); — beim Votum III. 402 (550); — rückwirkende Kraft IV. 171 (216).
Befehl III. 486, 604 (817[a]).
Begriffsbestimmung, juristische III. 363.
Beneficium inventarii IV. 313 (u.)
Besitz, sprachliches III. 572 (776); — Erwerb desselben Seitens Wahnsinniger, Kinder, juristischer Personen III. 356 (502[d]); durch Stellvertreter III. 430; — Erwerb desselben, realer Akt III. 429; Besitzfähigkeit juristischer Personen III. 429 (589); — Verlust des Besitzes bei Invasion in Grundstücke Abwesender III. 430; — Realisirung durch Selbsthülfe I. 165; — Formlosigkeit III. 520; — rechtliche Natur des Besitzes IV. 365 (482) der Besitz ein Recht; Indifferenz desselben gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen II. 107; — Unterschied in der Behandlung desselben im älteren und im neueren Recht III. 429; — Sachbesitz und Quasibesitz, letzterer jüngeren Ursprungs III. 439; — Besitzklage, interdicta retinendae possessionis als Doppelklagen IV. 91 (111); — Ausschließung aller Einreden aus dem Recht i. S. zum Besitz IV. 53 (42).
Beschränkung, Stellung derselben in der Formel III. 620.
Bestimmtheit des Inhalts des Rechtsgeschäfts im Moment des Abschlusses IV. 165.
Beuterecht I. 111.
Beweis, römische Behandlung III. 411; Erleichterung desselben IV. 216; — Beweislehre III. 411 (566[a]).
Bilder, juristische III. 382.
Bildung, juristische III. 314.
Billigkeit II. 91.
Bitte, Form III. 615.
Blutrache I. 187.
Bonae fidei possessor IV. 323 (u.), Fruchterwerb; — b. f. possessio Schutz derselben durch die actio Publiciana, Idee des relativ besseren Rechts III. 339; — IV. 367 (482[b]).
Bonorum emtor, agere cum deductione IV. 80 (86); — zur Anstellung der hereditatis petitio berechtigt IV. 303, Fictionen.
Bonorum possessor zur Anstellung der hereditatis petitio berechtigt IV. 303 Fictionen; — bonorum possessio, Ausschließung aller Einreden, die sich nicht auf den Besitz, sondern das Recht beziehen IV. 53 (42); — decretalis IV. 335 (441[a]); — secundum tabulas IV. 173; 155 (186[a]).
Bürgen, Unterschied von den Einständern IV. 192 (240[a]).

Digitized by Google

Bürgerrecht, Erschleichung desselben IV. 274 (372).
Bürgschaft für eine zukünftige Schuld IV. 164 (201).

C.

Caducität III. 403 (555a).
Cäsuren des Processes IV. 26.
Capere, vom Feinde I. 110; der vestalischen Jungfrau III. 403 (554).
Caput tralatitium de impunitate IV. 237 (308).
Cassation politischer Akte durch den Senat IV. 231 (288).
Castigatio I. 277.
Casuistische Form der Gestaltung des Rechts III. 353.
Causa expressa IV. 102 (129*); — im Vindicationsproceß IV. 106; — Ausscheidung des Causalmoments bei der Eigenthumsübertragung IV. 212; — Angabe der causa Seitens des Beklagten im ält. Vindicationsproceß IV. 210 (261); — condictio oder Contractsklage wegen mangelhafter oder nicht erfolgter causa IV. 212.
Cautelarjurisprudenz IV. 259.
Cautio damni infecti IV. 368; — rem pupilli salvam fore IV. 279; rei uxoriae IV. 70 (59).
Cavere III. 414 (572).
Censor, Fälle seines Einschreitens II. 52 (34); — Tendenz, das Vermögen der Familie, d. h. dem Mannsstamm zu erhalten II. 148 (163); — Machtfülle seines Amtes II. 266.
Censur, Zurückführung der sittenrichterlichen Gewalt derselben auf die Gens I. 192; — Bedeutung derselben, ein Ableiter für das Recht II. 51; — Entwicklung durch die Thatkraft ihrer Träger II. 288; — Censusrollen, Öffentlichkeit II. 13; — Censusregister II. 150.
Centralisation des Rechts III. 337; — Centralisirende und particularisirende Richtung des Rechts II. 121.
Centumviralgericht I. 223 (115).
Centuriatcomitien I. 251 (150).
Certum II. 111, 113; III. 401 (548), s. auch intentio.
Cessio, der tutela legitima und der hereditas legitima III. 537; — Vornahme vor dem Prätor III. 525; — Vornahme zu Rom III. 667; — in jure s. in jure cessio.
Cession IV. 258; — Cessionszwang, Vorläufer der actio utilis IV. 280 (382).
Ceterae res der XII Tafeln III. 459 (626); — inter ceteros III. 402 (552).
Chirografa IV. 220 (für die Peregrinen).
Chronologie der Rechtsgeschichte I. innere 71, äußere 77.
Cicero, dessen Urtheil über die Jurisprudenz III. 466 (636).
Citiren des Gesetzes im Proceß III. 633.
Civiljustiz, Sicherung ihrer Unabhängigkeit II. 77.
Civilproceß, älterer, Öffentlichkeit II. 10; analytischer Mechanismus IV. 15.
Classification, systematische III. 331.
Classis I. 249 (146).
Clauseln bei Gesetzvorschlägen IV. 237 (308); 238 (311).
Clientel I. 236, 240.
Clodius, Arrogation IV. 226.
Codicill IV. 156; — Ermöglichung eines Singulargeschäfts auf erbrechtlichem Gebiet IV. 156; — IV. 313.
Coemptio, Erbrecht des Mannes am Nachlaß der Frau und umgekehrt IV. 294; — fiduciae causa III. 530; 551 (o.); — IV. 282–284 zwecks Befreiung von den sacris, Wechsel des Geschlechtsvormunds, Erlangung der Testirbefugniß; — testamenti faciendi gratia IV. 286 (390).
Colonien II. 253 (393).
Combination des dinglichen und persönlichen Elements IV. 139, 186; combinirte Bildungen im Recht IV. 183.
Comitia curiata I. 250; centuriata I. 251 unten.
Comitialtestament IV. 313 (426).
Commercium I. 234, 245 oben.

Digitized by Google

Commodatum Vereinbarung über den demnächst zu Grunde zu legenden Taxwerth der Sache II. 114 (119).
Compensation, proceſſualiſche, älteſte Form IV. 69, 74 (71); — Compenſationseinrede IV. 53 (40) ihre unbeſchränkte Zuläſſigkeit im neueren R.; — cum compensatione agere IV. 80 (86); — Klage mit Vorbehalt derſelben IV. 280 (382).
Competenz der Beamten, nicht der richterlichen Cognition unterworfen II. 87.
Compositio I. 133 (39).
Computatio civilis I. 294 (198) ihre Ausbildung durch das geiſtliche Recht.
Concentration, logiſche III. 352; — im Proceß IV. 24, im Rechtsgeſchäft IV. 151.
Condemnatio I. 174, Nothwendigkeit der Hinzufügung der absolutio III. 619 (854); — auf das Intereſſe I. 65.
Condictio III. 403 (555c); certi II. 117; indebiti Ausſchließung derſelben in Fällen, wo das Leugnen mit der Strafe des Doppelten belegt iſt I. 132 (36), 154 (59c); — wegen Mangels der causa, ob causam datorum IV. 212; — wegen Vermögensbereicherung ohne Grund III. 520 (u.) — ſ. legis actio.
Conditio, turpis III. 560; — juris jurandi IV. 272 (363).
Conditionis implendae causa datum IV. 272 (362), 116 (145).
Confarreatio I. 290; 351 o.; III. 521, 525. Vornahme in Rom III. 667; — ihr Alter gegenüber anderen Formen der Eheſchließung (coemptio) I. 78.
Conflicte der Beamten II. 289; — Conflict von Rechtsanſprüchen beider Parteien IV. 109.
Conjunctiv III. 608.
Consecratio bonorum I. 278 (u.).
Consensus, curatoris III. 522; IV. 155 (186a); — zur Ehe der Kinder IV. 280 (382).
Conſequenz, römiſche I. 333.
Conſervativismus der Römer I. 334.
Consessor III. 412 (566b).
Conſtatiren III. 563, 610.
Constitutum III. 624 (861d) (u.); IV. 156 (187).
Conſtruction, juriſtiſche III. 357; ihre Geſetze III. 371; Vortheile III. 381; — legale, vom Geſetzgeber ausgehende Conſtructionen III. 372 (515).
Conſtructionshandlungen IV. 277.
Conſul, Machtfülle der Magiſtratur II. 265 (415).
Continuität der hiſtoriſchen Entwickelung; — Werth der Form für ſie III. 517; — bei den Römern I. 334; IV. 244. 277. 289. 303.
Contractsformulare III. 607 (827a); — als Quellen des dispoſitiven Rechts II. 301; III. 579.
Contractus bonae fidei, Klagloſigkeit im alten R. III. 489. 531; Formloſigkeit III. 522.
Contravindicatio IV. 96; ſ. vindicatio.
Convalescenz IV. 161.
Conventionalpön II. 113 (118a), 117 (132); III. 560 o.; IV. 258 (334).
Corporationen; Deſtinatäre IV. 356 (466); römiſche Bezeichnung IV. 358 (468).
Correalobligationen IV. 155, 223; — Begründung durch einen einzigen Akt der mehreren Betheiligten IV. 155 (186).
Correſpondenz der Form III. 625; zwiſchen Begründung und Aufhebung des Rechts III. 626; — zwiſchen Klage und Begründung des Rechts III. 628; IV. 138; — zwiſchen Klage und Urtheil III. 629.
Creare der Beamten II. 135 (145b).
Credere, ſprachliches III. 440.
Cretio III. 588, 620, 623 (861d).
Crimen, publicum I. 212; — expilatae hereditatis III. 426.
Criminalproceß, älterer, Öffentlichkeit II. 10; — Vorſtufe desſelben, Volksrache I. 212.
Cura I. 185 (80); IV. 334 (441a); — prodigi I. 194; — Tendenz, das Vermögen der Familie, d. h. dem Mannsſtamm zu erhalten II. 148

Digitized by Google

(163); — minorum II. 106; — cura, dem alten R. unbekannt II. 304.
Curator s. consensus.
Curia I. 115, 248, 250.
Curiatcomitien I. 251 (150).

D.

Damnationslegat IV. 198; Formel III. 623 (861b); — Litiscrescenz beim Leugnen des Beklagten II. 116 (130).
Damnum injuria datum III. 425; II. 116 (130) Litiscrescenz beim Leugnen des Beklagten.
Darlehen, Erforderniß des Eigenthums, processualische Gestaltung IV. 77 (79); III. 356 (503); III. 521 (681); — Ausschluß der Liquidation des Interesse II. 120 (138).
Debere, sprachliches III. 440.
Decretum divi Marci I. 166 (69b).
Decuria I. 250, 115.
Deditio, völkerrechtliche, privatrechtliche I. 131; — des Clienten I. 237 (133a); — an den Feind, Rechtsgrund I. 215 (106).
Deductio, der Servitut III. 549 (729); Stellung in der Formel III. 620 (o.); IV. 143 (176); — der Quarta Falcidia, juristische Form IV. 73 (66); — des bonorum emtor IV. 80; — in domum II. 156; III. 566.
Definition III. 363; teleologische, ontologische III. 364 (511).
Delatoren, Lohn IV. 276 (377).
Delegation IV. 258, abstracter Charakter IV. 217; — einer bedingten Schuld IV. 164 (201).
Delicte, Tarifirung II. 115.
Demonstratio III. 614 (840), 618 (o.).
Denuntiatio, außergerichtliche III. 643 (890).
Depositum, Vereinbarung über den demnächst zu Grund zu legenden Taxwerth der Sache II. 114 (119); — an der eignen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Destinatäre des Rechts IV. 336, 339, 356, 359, 362.
Deutsches Recht, Gegensatz zum römischen II. 100, 121.
Diagnose, juristische I. 51, 53; III. 314 (o.), 493 (u.).
Dialektik, juristische, s. Logik.
Diebstahl III. 424; s. furtum.
Dies fasti III. 649 (895a), 673; nefastus, Nichtachtung desselben IV. 228; — dies ex quo bei der Obligation, Nothwendigkeit IV. 166; — Unstatthaftigkeit desselben IV. 167, 175 (222).
Δίκη, Etymologie I. 218 (114).
Diffarreatio I. 351. Vornahme in Rom III. 667.
Disciplin, militärische, die Quelle des Gesetzlichkeitssinnes und Formalismus I. 262, 264.
Disposition, rechtliche, die Wahl der Genußform IV. 349.
Dispositives Recht, Bildung desselben aus Formularen II. 301; III. 579.
Dolus, Delict des neueren Rechts III. 426; — processualischer IV. 113.
Dominium ex jure Quiritium IV. 210 (262).
Dominus I. 110 (11), II. 161 (215).
Domus II. 161.
Doppelklage IV. 91.
Dos, Grund und Bestimmung derselben II. 104 o.; III. 486 (659); aestimatio dotis taxationis causa II. 114 (119); — Verminderung der dos durch nothwendige Auslagen ipso jure IV. 69 (56); Abzugsrecht des Mannes wegen nützlicher Verwendungen IV. 70 (57).
Dotis dictio III. 486 (659) (promissio dotis).
Ducere des Schuldners, ursprünglich ohne vorangegangene addictio I. 152 (59b).
Duplum, Klage auf dasselbe II. 115, 116; — beim Interesse II. 116 (126).
Durchbruchspunkt, historischer, der Rechtssätze III. 338 (495).

Digitized by Google

E.

Egoismus, römischer, Charakter desselben I. 326.
Ehe, Zusammenhang der ältesten Ehe mit der Gens I. 197; Ehe mit und ohne manus II. 187, 191; — Symbole III. 566; — thatsächliche Gestalt derselben im Leben II. 203, 209; — Freiheit der Ehe II. 223; — von den Römern unter dem Gesichtspunkt einer Herrschaft betrachtet II. 139; — eheherrliche Gewalt II. 187—190 f. auch manus; — Eingehung von Scheinehen, Ehelosigkeit IV. 266.
Eheformen, Mehrheit derselben I. 311 (219).
Eherecht II. 223; — eheliches Güterrecht II. 209; — vermögensrechtliches Verhältniß zwischen den Gatten im neuern R. ein gegenseitiges IV. 199.
Ehescheidung II. 214 (330).
Eheversprechen s. Sponsalien.
Eid, Gebrauch desselben in allen Verhältnissen I. 274; — manus injectio bei beschworener Schuld I. 157 (63a); — eidliche Bekräftigung nichtiger Verträge III. 491.
Eideshelfer II. 48 (30).
Eigenthum, originäres, die älteste Art desselben I. 110; III. 436; — Freiheit und Belastung desselben II. 226; — Erwerb, Vereinfachung des Beweises IV. 208; — Causalmoment IV. 210; — abstracte Erwerbsarten IV. 211; — freie Veräußerlichkeit desselben II. 149; — Gestalt des römischen Eigenthums, angeblicher absoluter Charakter IV. 317(426a); — Indifferenz des Eigenthumsbegriffs gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen II. 107.
Ein Mann ein Wort III. 490 (664).
Einfachheit, elementare, der Rechtskörper III. 334. IV. 182.
Einheit des Akts IV. 153; — des Orts im ältern R. III. 664, IV. 153; — der Voraussetzungen und Wirkungen IV. 159, 174.
Einrede s. exceptio.
Einseitigkeit der Geschäfte des alten R. III. 549; — der Rechtsverhältnisse II. 296; IV. 199.
Einständer, IV. 192(240a) IV. Vorr.
Emancipatio, Form II. 185, 163; III. 525, 553, 458 (625); — Vornahme in Rom III. 667; — Structur IV. 158; — vermögensrechtliche Zwecke IV. 266; Wirkungen IV. 292; — Verschiedenheit nach dem Geschlecht des zu Emancipirenden II. 104 (106); — Unzulässigkeit einer Bedingung IV. 158, 169.
Emere I. 110
Emphyteuse, Structur IV. 139, 183 (229); — Zusammenhang zwischen der Quinquagesima und dem Vorkaufsrecht IV. 261 (336).
Emtio venditio zwei einseitige, übereinander geschobene Geschäfte IV. 202. f. Kauf.
Emtor III. 459, ausdehnende Auslegung dieses Wortes.
Enterbung der Söhne und Töchter II. 103 (105).
Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten, vertragsmäßige I. 167.
Entschluß im Gegensatz zur bloßen Absicht III. 495.
Entstehung des Rechts aus der Gewohnheit II. 28.
Erbeseinsetzung des Sklaven, Zweck IV. 249 (319), 273 (368).
Erbeutung vom Feinde s. capere.
Erbfähigkeit, gleichzeitige Existenz des Erblassers und Intestaterben IV. 322 (431a).
Erbrecht, processualische Individualisirung durch den Delationsgrund IV. 45 (31); — Bewerkstelligung seiner Uebertragung durch Einsetzung eines Sklaven IV. 249; Erbrecht der Söhne und Töchter nach ältern R. II. 103 (105); — Indifferenz des Erbrechtsbegriffs gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen II. 107; — Mittel zur Erstreckung desselben auf die Erben des Eingesetzten IV. 250; — erbrechtliches Singulargeschäft IV. 313; — Unfähigkeit der Kinder und Wahnsinnigen zum Erbschaftserwerb IV. 335 (441a).

Digitized by Google

Erbvertrag IV. 313.
Erfüllung der Obligation durch Tradition, Verhältniß beider zu einander IV. 215.
Ergreifen der Sache als Form III. 570, 572 (776a).
Error III. 428 (585) error in corpore und in substantia, ersterer allein vom ältern R. berücksichtigt.
Erwerbsarten, originäre, Vorliebe der römischen Rechtsansicht für dieselben I. 107.
Erwerbsfreiheit, Erwerbsfähigkeit durch Monopole u. s. w. in Rom nicht beschränkt II. 151.
Ethnische Quellen des R. R. I. 309.
Etymologie, Bedeutung für die Rechtsgeschichte I. 92; — Mißbrauch I. 316 (221).
Eviction II. 114 (119); — Klage gegen den Mancipanten wegen Evictionsleistung II. 116 (128).
Exceptio, Stellung III. 620, 623 (861d); — weites Ausdehnungsgebiet IV. 55; 63 (u.), 64 exc. Sc. Macedon., Vellej., metus, doli, Vertheidigung in Form der Negation und Exception; — IV. 107 Bedürfnißfrage; — angeblich älteste Form durch sponsio praejudicialis IV. 121 (160a); — historisches Verhältniß zu den mit ihr concurrirenden actiones IV. 126; — Exceptionen II. 225 (351 u.); — exc. vitiosae possessionis I. 166; rei judicatae IV. 45 (32); litis residuae und dividuae IV. 263 (337a).
Excusatio im geistlichen Recht III. 403 (555).
Execution s. Personalexecution und Privatexecution.
Exercitus I. 249 (145).
Exheredatio, bona mente IV. 249 (318); nominatim facta, inter ceteros III. 402 (553).
Exil I. 228, Rechtsgrund I. 211 (105a).
Expiatio I. 276.
Expressa nocent, non expressa non nocent III. 592.
Expropriation II. 72 (65).
Exsecratus I. 276.
Extrarius I. 227.

F.

Facere, indirecte Erzwingung durch Conventionalpön IV. 257; — durch Einständer IV. Vorrede u. 192 (240a).
Factische Verhältnisse als Surrogat der rechtlichen III. 671.
Fähigkeit, Erforderniß derselben im Momente des Rechtsgeschäfts IV. 162.
Familia II. 157 (205), 161.
Familie, Surrogat des Staates I. 179, 176; thatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben II. 209; Sinn der familienrechtlichen Gewalt II. 197; — Mißbrauch der Familienverhältnisse zu fremden Zwecken IV. 265.
Familienfideicommiß II. 150.
Familiengerichte II. 213.
Familienleben, römisches II. 195.
Familienrecht, Aufgabe desselben II. 194.
Familienverhältnisse, Mißbrauch zu heterogenen Zwecken IV. 265.
Far, Symbol III. 510, 566.
Fas I. 266 (164); Gegensatz zum jus I. 267; II. 50; — praktische Abfindung mit demselben I. 344; IV. 227.
Feuer, Symbol der Reinheit I. 288 (192); III. 566.
Fictio legis Corneliae IV. 304; — III. 372 (515) als Beispiel einer vom Gesetzgeber ausgehenden Construction.
Fictionen I. 55, 78; IV. 277, 302; — Fiction der Civität IV. 302 (416); — Zweck derselben IV. 301 (413); — in der Religion III. 514; IV. 288; — Verwendung im Proceß IV. 309 (423).
Fideicommisse, historisches Motiv IV. 271.
Fideicommissum, tacitum IV. 272 (361a), 276 (377); — IV. 116 (146); — fideicommissaria libertas Verbindung der Obligation mit dem Besitz einer Sache IV. 183 (228a).
Fideipromissio für eine zukünftige Schuld nicht möglich IV. 164 (201).
Fideijussores III. 587; IV. 116 (146); — fideijussio IV. 193 (240a).
Fiducia III. 530, 546 (o.), 547; IV.

Digitized by Google

142, 183, 254; bei der Erbschaft (Universalfideicommiß) IV. 248.
Fiduciar, Tod desselben vor dem Erbschaftsantritt IV. 279 (379).
Fiduciargeschäft III. 531.
Fiduciartafel, spanische III. 532 (688).
Flamen dialis I. 289, 352.
Flammeum III. 511.
Foedus I. 275 (177); III. 607 (827).
Forderung, Uebertragbarkeit derselben IV. 258.
Form, Begriff, Verhältniß zum Inhalt III. 472; freie (individuelle) und unfreie (abstracte) III. 475; elastische und spröde III. 585; naive und tendentiöse III. 474 (652a), 504, 523; symbolische III. 506; repräsentative III. 506; residuäre III. 509 (675a), 514; — römische Formen, Uebersicht III. 560 — Bedürfniß bei dauernden Verhältnissen III. 502; — absichtliche Nichtbeachtung, praktischer Grund III. 492; — s. auch Formalismus.
Formalismus II. 15, 44; — in der Religion III. 398 (542), 570; — Schutz der Freiheit III. 471; — praktischer Werth im Recht III. 478; — Nachtheile III. 480; — Vortheile der Form III. 493; — die charakteristischen Momente: das quantitative, morphologische III. 481; das principielle III. 482; — die ethische Seite III. 489; — ästhetische Seite III. 508; — historische Motive und culturgeschichtliche Bedeutung III. 504; — Erträglichkeit des Formenwesens für die Römer III. 503; — im Proceß III. 647; — außerhalb des Rechts III. 518.
Formbestimmungen des preußischen Rechts III. 483 (657).
Formelle und formlose Geschäfte, Begriff III. 477; Uebersicht der formellen und formlosen Geschäfte des R. R. III. 522.
Formeln, Begriff; Unterschied vom Formular III. 578; Moment der Bestimmtheit III. 584 (794), 625; Ursprung der römischen Formeln III. 599; Ausdrücke für sie III. 584 (794); — laxe Behandlung in späterer Zeit III. 583; — Arten derselben III. 587; — mündliche Rede III. 593, Bezugnahme auf die Urkunde III. 595; — Correspondenz zwischen den Begründungs- und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse III. 626; — Formeln der Erbeinsetzung III. 583; — Hauptsitz derselben das Testament III. 482, 486, 502; — Folgen der Nichtbeachtung III. 480, 589, 632; — Rechtfertigung der Strenge ihrer Handhabung III. 590; — Anfertigung derselben durch die Juristen III. 599; — maßgebende Gesichtspuncte III. 485; — mißlungene Constructionen derselben von Seiten der Neueren III. 623 (861d); — Formeln im Legisactionenproceß III. 632.
Formelzwang, Substitution der Formel bei der Klage IV. 83.
Formenwesen, römisches, Analyse desselben III. 560.
Formfehler III. 480.
Formsinn, nationaler, der Römer III. 503, 508.
Formwidrige Rechtsgeschäfte III. 488; absichtliche, Grund III. 492.
Formula, sprachliches III. 584 (794); sachliches s. intentio; — petitoria IV. 194.
Formulare, für den Abschluß von Rechtsgeschäften, Unterschied von der Formel III. 578; — Gebrauch derselben und rechtsbildender Einfluß II. 301; III. 579 (785).
Formularproceß III. 482 (656), 647; I. 65; IV. 21 (2).
Frage III. 485, 613, 627 (o.).
Frauen, rechtliche Stellung II. 186; — historischer Einfluß derselben II. 206; — sociale Stellung II. 203.
Freiheit und Unfreiheit als System des Rechts II. 122; religiöse II. 138; politische II. 135; privatrechtliche II. 139; — Sinn derselben II. 145; — Mißbrauch derselben, absolut und relativ verwerflicher II. 145; — Subjectivismus und Objectivismus des Freiheitsbegriffes II. 218; — Aufgabe derselben II. 220; — Beschränkung II. 221; thatsächliche Beschränkung derselben II. 145; — Freiheit

Digitized by Google

des Eigenthums II. 226; ſ. auch Erwerbsfreiheit.
Freilaſſung der Sklaven II. 181, 169; — Form III. 507; Häufigkeit derſelben II. 181; ſ. manumissio.
Freizügigkeit II. 136.
Friedloſer I. 281 (188).
Fruchterwerb des bonae fidei possessor IV. 323 (u.).
Fructus III. 434 (597); fructus licitatio IV. 262 (337); bei den Interdicta retinendae possessionis II. 114 (120).
Fur manifestus, nec manifestus I. 128, 130, 137.
Furiosus, cura I. 185 (80); IV. 334 (441a).
Furtum, licio et lance conceptum II. 159 (208); materialiſtiſche Auffaſſung des Diebſtahls im ältern R. III. 424; — Anwendungsfälle des furtum nec manifestum IV. 31 (11), 190 (234), 191 (235); — furtum manifestum I. 130, 137; III. 424. ſ. auch actio auctoritatis; — furtum usus III. 434.
Futurum, Gebrauch desſelben in der Rechtsſprache III. 611.

G.

Garantie, Zweck der Zuziehung des Zeugen I. 142; — Volksgarantie I. 146, 149, 220; — Garantien gegen die Willkür der Magiſtrate II. 269.
Gegenanſprüche, proceſſualiſche Verfolgung derſelben in Form der Negation IV. 67.
Gegenſätze im Recht, urſprüngliche Identität derſelben I. 307; innerhalb des römiſchen Volkes I. 336; Gegenſatz des religiöſen und profanen Syſtems I. 310; des jus civile und jus gentium I. 337; der formellen u. formloſen Rechtsgeſchäfte III. 521.
Geiſt des Rechts I. 45.
Geiſtliche Beamte in Rom, Stellung derſelben I. 347; — geiſtliches Gericht im alten Rom I. 294; — im Mittelalter II. 56.
Geld als Strafmittel IV. 342 (450); wägen desſelben III. 540.
Gemeingebrauch, usus publicus IV. 348, 357, (467), 362.
Gemeinrecht IV. 363.
Gemeinſchaft bei Abſchluß des Rechtsgeſchäfts IV. 154; bei Rechtsverhältniſſen IV. 221 (273a).
Generaliſirung von Seiten des Rechts, Bildung von Klaſſen und Aufſtellung von Regeln für ſie II. 92.
Gens I. 183, 248, 250; — gentiles I. 189 (u.); gentilitiſche Sittenpolizei I. 190; Eigenthum der gens I. 200.
Genuß des Rechts IV. 345, 350.
Genußformen der Rechte IV. 346 (455b).
Gerechtigkeit, altrömiſche II. 91; proceſſualiſche IV. 51.
Geſchäftsformulare II. 300 hiſtoriſche Bedeutung für die Entwicklung des Rechts.
Geſchichtsſchreibung, Aufgabe im Recht I. 59.
Geſchlecht, Einfluß im Recht II. 103 (105).
Geſchlechtsvormundſchaft der Agnaten IV. 286 flg.
Geſchlechterſtaat I. 180.
Geſchriebenes Recht, Werth desſelben II. 35; — Präponderanz desſelben in Rom II. 41.
Geſetz, Gründung desſelben auf Vertrag I. 216; — Wirkung 217; — Verbot ſeiner Aufhebung IV. 236 (306); Umgehung IV. 264.
Getreideweſen II. 254 (396); Getreidepreiſe II. 256 (402).
Getreidewucher II. 255 (398).
Gewalt, Verhältniß zum Recht I. 107.
Gewaltverhältniß, Typus aller Rechtsverhältniſſe der älteren Zeit IV. 200.
Gewohnheitsrecht, Mängel desſelben II. 29; beſchränkte Geltung im alten Recht II. 42; bei der legis actio per pignoris capionem III. 654 (902).
Glans III. 459. (628).
Glaubensfreiheit II. 138 (154).
Gleichheit, factiſche und rechtliche

Digitized by Google

II. 88; — der Stände II. 99; — Zug des ältern R. nach Gleichheit II. 100.
Gleichheitsgefühl, politisches, d. röm. Volks II. 98.
Glücksspiele, Strafe des Vierfachen IV. 118 (151).
Götter, römische, abstracter Charakter derselben III. 400; Staatsgötter I. 271; Reihenfolge der Aufzählung III. 616.
Grund, Stellung in der Formel III. 618.
Grundbegriffe des Rechts III. 334; — Kunstproducte IV. 3; — Veränderlichkeit III. 347; IV. 312.
Grundbesitzer, Verhältniß des großen zu dem kleinen im alten Rom II. 241.
Grundeigenthum, Gebundenheit desselben in der Gentilverfassung I. 197; — spätere Freiheit (Veräußerlichkeit, Theilbarkeit) II. 149.
Gut, als Inhalt des Rechts IV. 341 (448).
Gütergemeinschaft II. 102 (102a), 151 (167).

H.

Haarschneiden, symbolische Bedeutung III. 565.
Haftung, Begriff derselben im Gegensatz zur directen Verpflichtung IV. Vorrede; — Haftung der Einständer IV. Vorrede, 192(240a); — des Principals aus den Verträgen des Vertreters III. 339, actio exercitoria.
Hand, symbolische Bedeutung I. 114; III. 568, 572 (776).
Handel, Bedeutung desselben für die Entwicklung des Rechts I. 232; — Freiheit desselben II. 151.
Handelsrecht, römisches II. 101 (101).
Handfesten, Umschwung im Pfandrechtsbegriff IV. 314; — Fortschritt über das R. R. hinaus IV. 320.
Handlungsfähigkeit IV. 162.
Handwerk, Mißachtung II. 245.
Hasta s. Speer.
Hasta caelibaris I. 113; III. 511(o.).
Haus, römisches, Bedeutung desselben II. 156; innere Abgeschlossenheit II. 198; — Sitz der Frau III. 566.
Hausbücher, römischer Ordnungssinn II. 13.
Hausfrieden II. 158.
Hausgenossen, keine Klage untereinander II. 196 (298).
Hausherr, Vertretungspflicht in Bezug auf die Seinigen II. 197; — Einfluß des Todes desselben II. 188.
Hausherrliche Gewalt II. 156, 182; Verfassung des römischen Hauses II. 161 (familia, dominus); — ursprüngliche Identität der Gewalt über Frau, Kinder, Sklaven II. 164; spätere Verschiedenheit der einzelnen Zweige II. 166.
Hausjustiz II. 161.
Hauskinder, Rechtsstellung II. 182; thatsächliche Gestalt des Verhältnisses II. 211; — Vermögensfähigkeit III. 357.
Haussuchung II. 159 (208).
Heerde, Vindication IV. 38 (22), 31 (13).
Heergeräth II. 107 (112).
Hegel, Urtheil über das R. R. I. 100.
Hereditatis petitio IV. 87, 88 (100); — Haftung des Besitzers für dolose Veräußerung III. 339, 355 (502a); — auf derselben Idee wie die possessorischen Interdicte beruhend III. 355 (502a); — Passivlegitimation III. 439 (604); — partiaria IV. 32 (14) Verhältniß zur actio familiae erciscundae.
Hereditas legitima, in jure cessio derselben IV. 295.
Herrschaft, Grundtrieb II. 133; — Symbol: die Hand III. 570; — der Gedanke der Herrschaft als Inhaltsmoment der Rechte II. 140.
Herrschsucht, römische II. 133.
Herus I. 110 (11); II. 162 (216).
Historische Schule, Lehre von der Nationalität des Rechts I. 3; — vom Gewohnheitsrecht II. 29.
Hochzeit, Raub der Frau I. 112.
Homo sacer I. 279; sui und alieni juris II. 103 (104); — homo II. 168 (230b).

Digitized by Google

Hospes I. 227 (126a).
Hospitium I. 232.
Hostis I. 227.
Hut III. 565 (755).
Hypotheca III. 427 (584d); I. 9.
Hypothekenbriefe, Umschwung im Pfandrechtsbegriff IV. 314; — Fortschritt über das R. R. hinaus IV. 320.

J.

Jactus missilium, Construction III. 379 (521).
Janus, an erster Stelle angerufen III. 616 (845).
Illiberalis s. ars.
Immobilien, und Mobilien, Einfluß des Unterschieds II. 107; Möglichkeit eines furtum nach altem R. II. 108 (115); freie Theilbarkeit des Grundeigenthums II. 150.
Impensae, Anspruch des Vindicationsbeklagten IV. 190; bei der Dos IV. 69.
Imperativ III. 604 (818).
Imperium I. 251, 245, 255.
Impietät I. 276.
Incapacität IV. 273 (368) Umgehung der Vorschriften durch Einsetzung eines Sklaven.
Incertum II. 111. s. auch intentio.
Indicativ III. 610.
Individualisiren II. 93, individualisirende Tendenz des Rechts.
Individualrecht, Gegensatz des Gemeinrechts IV. 363.
Indogermanische Völker, Rechtsgemeinschaft I. 317.
Infamie II. 143 (158).
Infans, rechtliche Lage II. 106 (110; — Ausschließung des Erbschaftserwerbes IV. 334 (441a).
Infinitiv III. 609.
Ingenuus I. 227.
Inhaberpapiere, Umschwung im Obligationsbegiff IV. 314; Fortschritt über das R. R. hinaus IV. 320.
Initiative des Erwerbenden, Grundsatz des älteren R. I. 110; III. 614 (840).
In jure cessio III. 437, 485, 528, 533, 537; Vornahme vor dem Prätor III. 525; — Unzulässigkeit der Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte zu Einem Akt IV. 145; — Ausscheidung des Causalmoments bei der Eigenthumsübertragung IV. 212 (263); — Anwendungsgebiet III. 552 (736), II. 17; — öffentliche Garantie der Privatrechtsgeschäfte I. 220, 221; — — IV. 283; — in jure cessio der hereditas legitima IV. 295; — IV. 312.
Injuria I. 129 (28a).
Injurie III. 425, II. 115 (122).
In jus vocatio III. 641.
Innominatcontract IV. 204 (258).
Intentio, certa, incerta III. 630; IV. 21, 57, 61, 70.
Interzessionsrecht II. 269.
Interdictum, uti possidetis, nicht auf Schadenersatz gerichtet IV. 30 (10); — quanti ea res est II. 120 (138); IV. 262 (337) fructus licitatio; — de glande legenda III. 459 (628), 654; — de precario kein interdictum recuperandae possessionis IV. 67 (50); — fraudatorium III. 427; — possessorium des bonorum emtor nur gegen Sachbesitzer, nicht Rechtsbesitzer zulässig III. 439 (604); — quod legatorum Ausschließung aller Einreden, die sich nicht auf den Besitz, sondern auf das Recht beziehen IV. 53 (42); — quorum bonorum nur gegen Sachbesitzer zulässig III. 439 (604); — retinendae possessionis IV. 91 (111).
Interesse im Proceß II. 110; vertragsmäßige Feststellung desselben II. 113; gesetzliches Aversionalquantum als Surrogat desselben II. 113, 116 (126), 119; — als materielle Voraussetzung des Rechts IV. 341 (448) Begriffsbestimmung.
Interessenmaßstab im Recht wechselnd IV. 343; Beispiel aus dem R. R. IV. 344.
Internationaler Verkehr I. 234.
Interpres I. 232 (128); II. 65.
Interpretation, Aufgabe derselben III. 444. Doppelte Art: grammatische, logische (objective, absolute — subjective, relative) III. 444, 447;

Digitized by Google

alte II. 43, 65; III. 441; — der Rechtsgeschäfte III. 449; — der Gesetze 455; tendenziöser Charakter derselben III. 463; — Urtheil der späteren Zeit über sie III. 442 (610); — ihre Unentbehrlichkeit III. 359.
Interrex, Grund der fünftägigen Function I. 274 (174).
Interrogatio in jure III. 613 (839).
Intestabilis I. 142 (51); III. 526 (682).
Intestaterbrecht der Frauenzimmer, Beschränkung desselben in der Tendenz, das Vermögen der Familie im Mannsstamm zu erhalten II. 148 (163).
Irrthum, über das Object, über die Eigenschaft III. 428; Berücksichtigung des wesentlichen Irrthums im alten R. IV. 67. s. auch error.
Judex, sprachliches I. 174.
Judicium duplex IV. 92 (113); publicum im Sinn der actio popularis IV. 120 (158); — legitima, imperio continentia III. 667 (927a), 671 (938); — jus und judicium III. 411; — tutelae IV. 200.
Jura quaesita, Aufhebung derselben, II. 69; — Achtung der Römer vor denselben II. 71 (61).
Juramentum in litem I. 135; IV. 257.
Jurare, sprachliches I. 304.
Jureconsultus III. 415; Allgegenwart desselben III. 410; Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen III. 413.
Jurisprudenz, Allgemeines III. 313, 321; Philosophie des praktischen Lebens III. 389; höhere und niedere III. 358. — Aeltere römische: hoher Werth II. 5; ihr hohes Alter III. 391; III. 464; Gesammturtheil III. 389; pontificische, Charakter III. 398; Ende derselben III. 404, 408; profane III. 409; englische III. 315.
Juristen, Allgegenwart derselben III. 410; — ihre praktische Stellung III. 413; — Bedürfniß der Beihülfe der Juristen III. 417. — Antheil der juristischen Kunst an der ursprünglichen Bildung des Rechts IV. 5.
Jus, Etymologie I. 218 (114); — Aelianum III. 600 (815); — civile im engern Sinn, Juristenrecht II. 65; III. 390 flg.; Flavianum III. 600; — necis ac vitae II. 214, II. 183 (273), 216; liberorum III. 403 (555); IV. 307 (422); — singulare I. 49 (18); III. 337 (494); — postliminii II. 107; — jus und judicium III. 411; — Gegensatz zum fas I. 267; II. 50; — jus in re aliena III. 341.
Justiz, Unabhängigkeit derselben II. 67—81; Verhältniß derselben zur Verwaltung II. 83.

K.

Kapital, großes, Uebermacht in Rom II. 244.
Kauf der eigenen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Kaufcontract, Auflösung in zwei Forderungen IV. 185, 202; — Kauf III. 432 (595); Irrthum des Käufers IV. 203 (257).
Kaufpreis, Creditiren III. 541 (711).
Kirchenvermögen, altrömisches I. 269.
Kläger, Stellung desselben im altrömischen u. heutigen Proceß I. 174.
Klage, s. actio, judicium; — Ersetzungszwang IV. 27 (5); — aufs Doppelte II. 116; — der emancipirten Kinder II. 199 (301); — römische, moderne Auffassung III. 656, IV. 27; — Bedeutung für das R. IV. 351 (463); — mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts IV. 80; — mit defensivem Zweck IV. 110; — Vortheile und Nachtheile derselben IV. 128; — Doppelklage IV. 91; — Theilungsklagen als Doppelklagen IV. 91 (111).
Klagencumulation, Unzulässigkeit IV. 33; — Ausnahmen IV. 35 (19).
Könige, römische, die drei ältesten als Ordner des Rechts I. 95.
Königthum, angeblich patriarchalische Basis I. 259; — Entstehung desselben aus dem Oberbefehl I. 253, 261; — angeblich theokratischer Charakter II. 264.
Körper, juristischer III. 360 (506).

Digitized by Google

Kopf, symbolische Bedeutung III. 568.
Kornhandel II. 238.
Kosmogenie des römischen Staates I. 94.
Krieg, Erstreckung gegen alle Einzelnen I. 231; — Einfluß auf das R. I. 245.
Kriegsbeute II. 243 (376).
Kriegsfuß, Ursprünglichkeit desselben I. 225.
Kunst, juristische, Alter derselben in Rom IV. 2; — primitiver Typus IV. 5.
Kunstsinn, Kunststyl, juristischer III. 380, 562, 600.

L.

Lager I. 246; — Rechtspflege III. 667, 668 (929).
Laie, unjuristische Auffassung desselben III. 316, 349.
Lanx, Symbol III. 566, s. furtum.
Lateinische Sprache, Nothwendigkeit ihres Gebrauchs bei Rechtsgeschäften der Römer III. 592 (800).
Lectisternien I. 289 (693a).
Legatum, Stellung im Testament III. 620 (856); — per vindicationem, Erforderniß des Eigenthums des Testators IV. 77 (80); Legatsklage des alten u. neuen Rechts IV. 198 (u.); — Einseitigkeit IV. 205 (o.); — indirecte Zweiseitigkeit IV. 259; — poenae nomine relictum IV. 272, II. 222 (344); — debiti IV. 272 (364); — legatum libertatis (emtor der Erbschaft) III. 459 (629; — partitionis IV. 248; — ademtio legati III. 627 (o.); — Legat, Anklage einer Verpflichtung nach ält. R. nicht zulässig IV. 204 (259).
Leges contractus, Publication durch den Urheber III. 549 (729a); — als Quellen des Rechts II. 300; III. 579; — Imperativ III. 607.
Leges sacratae I. 280 (187a); 284 (189b); IV. 236;
Legis actiones I. 151, 299 (208); III. 397 (540); — Allgemeines III. 631; — Legisactionenproceß, Gefährlichkeit III. 482 (656); — Beginn IV. 89; — außergerichtliche Akte III. 641 (882); — Spielraum der Jurisprudenz III. 651; — angeblicher religiöser Charakter derselben III. 659 (910); — angebliche Nothwendigkeit der Vornahme vor Gericht III. 639; — Vornahme sämmtlicher gerichtlicher Akte des Legisactionenprocesses in Rom III. 667; — ausnahmsweise Nichtbeachtung des Gesetzes III. 655 (906); — l. a. sacramento I. 78, 126, 173, 298, 305; III. 405, 636 (877); — Strafsumme der 50 nnd 500 Aß II. 115 (121); — per condictionem III. 643; 403 (555c); — per manus injectionem I. 152, 126, 155; III. 641 (884); IV. Vorrede, 111 (132); IV. 102 (129*); — per pignoris capionem I. 151, 158; II. 42; IV. Vorrede; II. 84 Seitens des Publicanen; III. 639, 654 (903), 674 (952); IV. 102 (129*); — Beachtung der dies nefasti nicht bei ihr erforderlich IV. 229 (283); — legis actio als Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Stellung der Formel auf die Gegenwart III. 612, 667 (928.)
Lex, Etymologisches I. 216 (u.);
— Acilia II. 82 (79);
— Aelia Sentia IV. 274 (371);
— Aquilia Leistungsgegenstand II. 115 (125), III. 425; — Atilia III. 457, 671, 462; — Canuleja II. 141 (155a);
— Calpurnia III. 406 (559);
— Cincia III. 411 (566);
— Claudia IV. 286 (390);
— Cornelia s. fictio leg. Corn.
— Falcidia IV. 270 (356);
— Furia Caninia IV. 274 (371);
— Furia de sponsu IV. 111 (132), 117;
— Furia testamentaria IV. 111 (133), 115 (143); — s. auch IV. 116, 270, II. 115 (121);
— Genucia IV. 118, 119;
— Julia de fundo dotali II. 209; — municipalis II. 117. (134); IV. 232;
— Julia et Papia Poppaea IV. 268, 271;

Digitized by Google

Lex Junia Norbana IV. 271;
— Licinia II. 152, 242;
— Maenia Ertheilung der auctoritas patrum IV. 280 (382);
— Marcia de usuris IV. 111 (133), 118; — perfecta u. minus quam perfecta II. 152 (169); III 474 (651); 674 (951); IV. 111 (131), 233 (293);
— Plaetoria II. 304; IV. 120;
— Rubria III. 599;
— Silia III. 406 (559).
— Valeria II. 80 (77a); IV. 232;
— Voconia III. 464; IV. 270, 274;
Lex rei suae dicta IV. 338 (444).
Liberalität der römischen Großen, sociale Bedeutung II. 250.
Libripens III. 539, I. 141.
Licinius Stolo, Umgehung seines eignen Gesetzes III. 469.
Licium III. 511 (676b).
Lieferungen, unentgeltliche ans Volk II. 252.
Litem suam facere II. 81 (78);
Literalcontract III. 597, 628; IV. 217 abstracte Obligationen.
Litis aestimatio I. 174; II. 110.
Litis contestatio I. 171; Normalpunkt des Processes IV. 23 (u.).
Litiscrescenz I. 132 (36); II. 116 (128).
Locale Rechtssätze III. 337 (494), 342; jus singulare; — locales Auftreten allgemeiner Principien III. 342; — locale Beschränktheit der älteren Rechtsgeschäfte (Einheit des Orts) III. 666 (926); IV. 153; — Beschränktheit auf Rom III. 667 (927).
Locatio operarum III. 432 Klaglosigkeit im ältern R. 549; — locatio conductio zwei einseitige, über einander geschobene Geschäfte IV. 203.
Logik, juristische III. 347, 601; — Ueberschätzung des logischen Elements im R. IV. 311; — Logik der Sprache III. 617; — des Rechts als angeblich schöpferisches Princip IV. 317.
Longi temporis possessio, Unterbrechung der Usucapion durch Anstellung der Vindication III. 431 (593).
Luere I. 277 (u.).
Lynchgesetz I. 212, 282 (188c).

M.

Macht, Gedanke der Macht im Privatrecht II. 133; der Kern aller Rechtsverhältnisse II. 140 und 146 (u.); im öffentlichen Recht II. 260; — die Kehrseite der Pflicht II. 197, 297.
Magistrate, Creation derselben durch die Vorsitzenden bei der Wahl II. 135 (145b), 281 (Stellung der Magistrate zum Senat); — IV. 230—233; — Selbständigkeit dem Volk gegenüber II. 265; Möglichkeit des Mißbrauchs II. 267; Garantie dagegen II. 271.
Magistratur, Machtfülle derselben II. 263, 269.
Mancipatio, Zweck I. 140, 149, 110; III. 437; — Gestalt und Anwendbarkeit III. 537 (705); — fragliche älteste Gestalt III. 540 (710), 432 (595); — charakteristisches Moment der Formel III. 486; — Mehrheit oder Einfachheit des Gegenstandes IV. 145 (Unzulässigkeit der Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte zu Einem Akt); — Mitwirkung von 5 Zeugen III. 526, 545; — ein Scheingeschäft III. 537 (705), 528 (684); — Erforderniß der Präsenz der Sache bei derselben II. 108 (115); — IV. 312; — Ausscheidung des Causalmoments IV. 212 (263); — Anwendungsgebiet II. 17, 163 (222); Verhältniß zum nexum III. 543; remancipatio fiduciae causa IV. 284.
Mancipationstestament IV. 283, 294.
Mancipium I. 110; II. 186; III. 532, 437 (598); Aufhören desselben mit dem lustrum II. 184 (274); II. 163.
Mandat IV. 203; ad agendum IV. 258.
Mandatum post mortem, praktischer Zweck des Verbots desselben IV. 273 (367).

Digitized by Google

Mannsstamm, Bevorzugung im Erbrecht II. 148 (163).
Manum conserere I. 114, 163; II. 163; III. 574, 644.
Manumissio II. 168, 163; III. 521, 525; — vindicta III. 576, (784); — censu I. 221; III. 673 (948); — Vornahme in Rom III. 667; — testamento, Stellung derselben im Testament III. 622 (861a); — inter amicos III. 671.
Manus I. 114; ursprüngliche Weite des Begriffs II. 162; — über die Ehefrau II. 187; — des Schwiegervaters über die Schwiegertochter II. 183 (273); Aufhebung der manus bei der Ehescheidung IV. 280 (382); s. Hand. s. auch Ehe.
Manus injectio I. 114, 150; III. 641. s. auch legis actio.
Maske, symbolische Bedeutung III. 568 (760).
Materialismus des Rechts III. 420.
Meineid, Cognition der Pontifices I. 276.
Menschenopfer I. 278 (185).
Menschenverstand, gesunder, Bedeutung im Recht III. 319.
Methode, juristische II. 140; III. 310; — naturhistorische III. 361; — der rechtsgeschichtlichen Darstellung I. 25.
Miethvertrag der eignen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Militärdiplom, Fassung III. 603 (816a).
Militärischer Charakter des röm. Königthums I. 253.
Militia urbana III. 414 (572).
Minderjährige, Schutz derselben IV. 121.
Mischvölker I. 312.
Mißbrauch, Consequenz der Freiheit II. 267; — Verbot desselben II. 145; — Möglichkeit desselben bei der Testirfreiheit II. 148; — Mißbrauch der Familienverhältnisse für vermögensrechtliche Zwecke, s. Familienverhältnisse, Adoption, Arrogation, Emancipation.
Mißtrauen, als Motiv des Rechts II. 262.
Mobilien und Immobilien, Gegensatz II. 107. s. auch Immobilien.
Modus IV. 205 (259); Stellung desselben (Auflage) in der Formel III. 620.
Möglichkeit, abstract rechtliche im Gegensatz zur Wirklichkeit im Leben II. 141.
Mos, mores II. 278, s. Gewohnheitsrecht.
Motiv, subjectives, Bedeutungslosigkeit desselben für das Rechtsgeschäft IV. 210; historisches der Rechtssätze III. 338 (495).
Multa III. 617 (850); multae dictio Seitens des Prätor gegen den judex II. 80 (77b); multa Seitens der Staatsbehörde selber beigetrieben II. 86.
Mundium, die römische manus II. 164 (223).
Mutuum s. Darlehen.

N.

Nachbarrecht, paktirtes, Form desselben die Prädialservitut II. 231.
Nachträge zum Rechtsgeschäft, unstatthaft nach altem Recht IV. 156, 158.
Nationalität und Universalität des Rechts I. 3.
Nationalcharakter, römischer I. 313.
Natürlichkeit, angebliche, unserer heutigen Rechtsanschauung III. 663.
Naturalrestitution IV. 256, s. auch Restitution.
Naturimitation bei der juristischen Construction III. 382 (525).
Necesse est im Gegensatz zu opus est IV. 238 (313).
Negation, processualische IV. 57; Spielraum derselben im Vergleich mit dem der exceptio IV. 63 (u.).
Negotium claudicans IV. 203.
Nehmen I. 110; III. 576.
Nemo alieno nomine lege agere potest, s. Rechtsregeln.
Nemo pro parte testatus u. s. w. IV. 149, 319 (428), 322; s. Rechtsregeln.

Digitized by Google

Nexum I. 155 (62); I. 140; II. 155 (200); III. 543 (713); IV. 217; — Litiscrescenz beim Leugnen des Beklagten II. 116 (130); — abstracte Obligation IV. 217, 283; — nexi solutio, liberatio III. 627.
Nichtigkeit als processualischer Einwand IV. 63; in Anwendung auf das Staatsrecht IV. 227.
Nihil tam naturale est quam u. s. w. s. Rechtsregeln.
Nocet, Bedeutung bei der actio aquae pluviae arc. III. 460 (631).
Nomenclatur im Recht, Werthlosigkeit III. 332.
Novae tabulae, Erleichterung der Schuldenlast II. 74, 258.
Novation einer bedingten Schuld IV. 164 (201); IV. 307 (422); — Möglichkeit des Vorbehalts des Pfandrechts IV. 324 (433a).
Nozalklagen I. 131; IV. 324 (433a).
Nuncupatio III. 402; abstracte Fassung derselben III. 596 (806); bei der mancipatio III. 546 (727b), 548, 550 (730a).
Nundinen III. 672 (939).

O.

Obligation, juristische Construction derselben III. 375; abstracte IV. 215; — als allgegenwärtiges Element aller Rechtsverhältnisse IV. 185; — realistischer Ausgangspunkt derselben III. 440; indirecte Erzwingung der auf facere gerichteten Obligationen in alter Zeit III. 560; IV. 257; — Uebertragung derselben IV. 319 (427); — zulässiger Inhalt IV. 338 (444) das Fehlen des Interesse.
Obligatio faciendi, dem alten Recht unbekannt, indirecte Erzwingung durch Conventionalpön IV. 257 und durch Einständer IV. Vorrede und 192 (240a).
Obligatio naturalis I. 137 (45); zwischen Herrn und Sklaven II. 171 (240); — des Pupillen IV. 203.
Obsides IV. 193 (240a).
Occupationstheorie beim Schatzerwerb III. 374.
Öffentlichkeit im älteren R. II. 9; — der Rechtsgeschäfte, praktischer Werth III. 501; — des Processes II. 10; — des Rechtsverkehrs II. 11; der Testamentserrichtung II. 12.
Ökonomie, juristische IV. 242.
Ökonomische Einheit der Institute im Gegensatz zur juristischen Gestalt derselben IV. 184.
Omnipotenz, angebliche des römischen Volkes II. 74.
Operae, locari solitae III. 432; servorum aus dem geistlichen Recht herstammend III. 403 (555b).
Operarum jurata promissio beim Freigelassenen IV. 142 (175), 205.
Ordnung, stylistische, bei Aufzählung des Verschiedenen III. 616.
Organische Auffassung II. 295; Gegensatz zur juristischen III. 350; Entwickelung im Recht IV. 6.
Ovis als Masculinum III. 591 (798d).

P.

Pacisci I. 136 (44); II. 155 (200).
Pactum I. 136 (45); — fiduciae s. fiducia; — reservati dominii IV. 261 (Tradition einer res mancipi).
Parallelismus der Formen und Begriffe III. 485; — der Formen unter sich s. Correspondenz.
Pater patratus I. 275 (177), 260 (u.).
Patria potestas II. 146, 182, 139; — thatsächliche Gestalt im ältern R. II. 211; I. 194; II. 156, s. auch hausherrliche Gewalt.
Patronat, Präjudicialklage IV. 97 (120).
Patronus I. 236 (131); — Ausdehnung des Ausdrucks auf dessen Kinder III. 460 (630).
Peculium der Sklaven II. 167, 179, 157 (205); — der Hauskinder II. 211 (324); — Vermögen des Clienten I. 240; — castrense III. 357.
Pecunia II. 157 (205).
Pendenz, Zustand des Werdens bei den Rechtsverhältnissen IV. 161, 167 (208), 171 (215).

Digitized by Google

Perduellio I. 256.
Perioden des Rechts I. 63.
Person, juristische I. 202 (99); III. 366 (u.); IV. 224, 255 (329); IV. 336 (442), 356, 364.
Persona, sprachliches III. 568 (760); — als systematische Kategorie I. 268; III. 401.
Personalexecution I. 133, 135; II. 153.
Persönlichkeit, Bedeutung derselben im öffentlichen Leben II. 260; Idee der atomistischen Persönlichkeit im ältern Privatrecht II. 202.
Pfandrecht, abstractes IV. 216 (265b) Gegenstand desselben; — realistischer Ausgangspunkt III. 439 (603); — Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elementes IV. 183 (229); — Indifferenz des Pfandrechtsbegriffs gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen u. unbeweglichen Sachen II. 107.
Pflicht, sittliche und rechtliche Unterscheidungsmerkmale II. 58; — die sittliche Pflicht als Kehrseite des Rechts: im Familienrecht II. 197; im öffentlichen Recht II. 297.
Pflug III. 567 (758a) als Symbol; Zerstörung der Städte durch denselben III. 628 (865).
Piaculum I. 270; III. 661; IV. 228 (279).
Piamentum I. 270.
Pignus II. 229 (356); III. 427 (584d); — Formlosigkeit III. 522; — Structur IV. 139; — Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elementes IV. 183 (229); — pignoris capio I. 150, 294, ihre Ausbildung durch das geistliche Recht; — II. 116 (129); — für das aes militare, equestre, hordiarium II. 101 (101); — das Verfahren bei ihr III. 639; s. auch legis actio.
Plastik des ältern R. II. 15.
Plebejer, älteste Stellung I. 244 (140a); — Bedeutung derselben für die Entwicklung des R. I. 180, 336, 344, 358 (u.).
Plus petitio IV. 57 (u.)
Poena, sprachliches I. 277; — Abfindung der Rache I. 135, 212, 213; — Entstehung der Privatstrafe I. 139, 133; — pecuniaria von der Staatsbehörde selber beigetrieben II. 86.
Pönalklagen II. 115; processualische IV. 112 (u.); II. 118 (135).
Pons sublicius I. 305 (214).
Pontifices I. 292; — ihr Einfluß auf das Civilrecht I. 294; — Ende der pontificischen Periode III. 405; III. 401, 599, (814).
Popularklage I. 186 (81), 201, 211; s. auch actiones populares.
Positivismus, juristischer I. 22.
Possessio s. Besitz.
Possessor, justus, injustus I. 166.
Postulatio suspecti tutoris II. 296 (469); IV. 121.
Potestas II. 162 (217); — s. patria potestas.
Präcedentien II. 275 (429).
Praeda, Praedium, Praes I. 112 (15).
Praedes, vendere I. 163; — litis ac vindiciarum IV. 192 (240a); II. 85 (84a).
Prädialservituten, Erfordernisse II. 229; — Interesse IV. Vorrede u. 344 (453), 345 (455); — Bestellung in Rom III. 667; — deductio III. 549 (729); — Alter derselben III. 432 (595); — Gesichtspunct des pactirten Nachbarrechts II. 231.
Praediator II. 85 (84a) das Aufkaufen von Staatsforderungen.
Praedium rusticum, urbanum II. 107; Veräußerungsverbot II. 108 (115).
Praefectus annonae II. 255 (398).
Präjudicialklage bei der Dos IV. 71 (60); — bei der quarta Falcidia IV. 73 (70); — beim Patronat IV. 97 (120) an aliquis libertus sit.
Präsens, Gebrauch desselben III. 611 (836).
Präsenz des Thatbestandes IV. 159; — bei Gericht III. 574, Gegenwart

Digitized by Google

der vindicirten Sache; — III. 667 671.
Praestare IV. Vorrede.
Praesumtio I. 55; Muciana II. 192 (290).
Praeteritio der Kinder im Teſtament II. 103 (105); — der sui, Ungültigkeit des Teſtaments zurückführbar auf einen weſentlichen Irrthum des Teſtators über Vorhandenſein des suus IV. 68 (52).
Prätor, Sprache III. 608, 612 (836a); Stellung desſelben im Legisactionenproceß II. 78; III. 649 (897); Mitwirkung desſelben bei formellen Geſchäften III. 525.
Prätur, Einführung III. 405.
Praktikabilität I. 48 fl. III. 328.
Praxis II. 34 (17); III. 466 (635); IV. 106 (130a).
Precarium, Landleihe an die Clienten I. 239, 240 (138); precarium der eigenen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Prieſter, Stellung derſelben I. 342.
Principielle Geſtaltung des R. durch den Geſetzgeber III. 353.
Privatdelicte, materialiſtiſcher Zuſchnitt im ältern R. III. 424.
Privateigenthum an Grundſtücken I. 198.
Privatexecution des Urtheils durch den Kläger I. 165.
Privatrecht, unſprüngliche Unabhängigkeit vom Staat I. 219; — Stellung desſelben gegenüber dem ſouveränen Volkswillen II. 61, 67; — Form des Geſetzes im Vergleich zum Criminalrecht II. 41, 45, 272 (u.).
Privilegium I. 217; der Frauen I. 65 (u.); der Veſtalinnen, Soldaten ſ. dieſe; privilegia odiosa, favorabilia II. 96 (99).
Proceß, Allgemeines: Bedeutung für das Recht II. 20; Nothwendigkeit ſeiner Organiſation IV. 15; Verhältniß ſeiner Entwicklung zu der des materiellen R. IV. 18, 66, 179; — altrömiſcher: Geſammturtheil IV. 133; Präponderanz im ältern R. IV. 17; — Zerſetzungszwang IV. 20; Beiſpiele 27—30; Grundſatz der einen Frage IV. 21, 56; — Trennung in jus u. judicium II. 78 (u.); — Uebergang des Legisactionen- in den Formularproceß III. 648; — Verwendung desſelben zu fremdartigen Zwecken IV. 265; — die Vertheidigung im Proceß IV. 48; in Form der Negation IV. 57, der Exception IV. 63.
Proceßobligationen, Form derſelben IV. 187.
Procurator in rem suam IV. 258.
Production, juriſtiſche III. 387.
Proletariat II. 249.
Pronuntiatio I. 174 (o.).
Proprium I. 210 (103).
Protutor III. 671 (937).
Provocation ans Volk I. 257 (159).
Pubes I. 249 (147).
Publicani II. 83 (u.); IV. 357 (467); — Klage gegen ſie wegen Erpreſſung unzuſtändiger Abgaben II. 116 (127); ihre Stellung als die Bankiers der römiſchen Welt IV. 220.
Publicatio bonorum I. 278 (u.).
Publicus I. 210 (u.).
Purus I. 277 (181b).

Q.

Quadruplator IV. 114 (141).
Quando in der Formel III. 623 (861c).
Quarta Falcidia Verfahren beim Abzug derſelben IV. 73 (66) ipso jure minui.
Querela inofficiosi III. 501 (o.).
Quiris I. 115 (u.).
Quotiens per eum, cujus interest conditionem u. ſ. w. ſ. Rechtsregeln.

R.

Rache, Zuſammenfallen mit der Selbſthülfe im älteſten R. I. 124, 129. ſ. Strafrecht.
Rapere I. 110.
Ratihabition IV. 161.
Ratio juris, Verhältniß zur utilitas III. 386 (528a).
Rauduscul um III. 539 (708).
Raumfrage im Recht III. 662.

Digitized by Google

Realisirbarkeit, materielle und formale I. 51, III. 328.
Reallasten IV. 314, Umschwung im Obligationsbegriff IV. 320.
Reception fremder Rechte, insbesondere des römischen I. 5, 12; — griechischen Rechts in Rom I. 316.
Recht im objectiven Sinn — Naturlehre des R. I. 24; logischer Organismus, Structur I. 27; — System I. 37; physiologische Betrachtung des Rechtsorganismus I. 48; Function desselben I. 48; Verhältniß der Function zur Structur I. 50; — Entwickelung des objectiven R. aus dem subjectiven, s. dispositives R. — R. und Sitte II. 32, 38, 274, 299; — Fixirung des R. II. 28; geringe des Criminal- und öffentlichen R. II. 45, 273; — Schwierigkeit der geistigen Beherrschung des R. III. 313; geschriebenes und ungeschriebenes Recht II. 28; Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des ersteren II. 62; — die Verwirklichung des R. III. 322 (Praktikabilität 328); Haften desselben an der Äußerlichkeit III. 420 (sinnliches Element des älteren R.); angebliche Geheimhaltung des Rechts III. 393.
Recht im objectiven Sinn: altnordisches I. 123 (26), 124 (27a), 139 (48b), 281 (188), 282 (188b); II. 159 (208).
— angelsächsisches I. 188 (85); II. 184 (274).
— chinesisches II. 26.
— dänisches I. 159 (64c); IV. 103 (129a).
— deutsches, Unterschied zwischen ihm und dem römischen II. 101 (101). s. germanisches R.
— dispositives, s. letzteres.
— englisches I. 123 (26), 139 (48a), 142 (52), 159 (64c), 236 (130b); 240 (137a), 255 (155a), 301 (208b), 324 (228); II. 107 (113), 157 (205); III. 430 (592), 506 (673), 510 (675b), 573 (776c), 580 (785a), 588 (797), 630 (866b), 634 (874), 646 (893), 656 (907), 659 (909a); IV. 84 (91a), 105 (129d), 118 (151), 244 (o.).
Recht, florentinisches IV. 237 (307), 276 (377a).
— französisches III. 430 (592), 479 (654b), 630 (866b), 634 (874), 647 (893).
— geistliches II. 97 (100), s. fas.
— germanisches I. 81 (33), 120 (25a), 124 (27a), 129 (28b), 138 (46a), 142 (52), 159 (64c), 185 (79), 196 (89), 216 (107), 226 (123a), 236 (130b), 239 (136), 240 (137a), 246 (141), 248 (142), 248 (143), 268 (164a), 281 (188), 282 (188c), 301 (209), 302 (210a); II. 48 (30), 50 (32), 58 (43), 107 (113), 108 (114), 111 (118), 121 (140), 124 (143), 151, 164 (223), 167 (228); III. 424 (583a), 479 (654b), 490 (663), 496 (665a), 500 (668), 506 (673), 552 (735a), 558 (747), 573 (776c), 647 (893); IV. 93 (114), 94 (115).
— griechisches I. 120 (25a), 159 (64c), 237 (131a), 240 (137a), 266 (163a), 281 (187b), 301 (209), 303 (211a), 317 (u.); II. 11 (4), 32 (15), 33 (16), 40 (18), 46 (29), 159 (208); IV. 236 (307), 276 (376).
— Handelsrecht s. dieses.
— indisches I. 311 (219).
— indogermanisches Recht I. 81, 93 (2), 317 (223); II. 159 (208).
— isländisches I. 120 (25a), 218 (114), 282 (188b), 296 (205); III. 602 (816).
— jüdisches I. 120 (25a), 296 (205), 311 (219); II. 184 (274), 195 (297); III. 494 (664b).
— kanonisches I. 293, 352 (256); IV. 112 (135).
— montenegrinisches I. 283 (189).
— moslemitisches I. 133 (39), 226 (123a), 236 (130b); II. 26 (13d); III. 494 (664b), 510 (675b), 593 (801); IV. 324 (434).
— orientalisches I. 196 (89); II. 26.
— österreichisches III. 372 (515), 430 (592).
— preußisches III. 430 (592), 483 (657), 489 (662).
— römisches, Bedeutung für die heutige Zeit I. 2, 13; Kritik desselben I. 15; Unzulänglichkeit der bisheri-

Digitized by Google

gen Versuche I. 18; — Weg zum Ziel I. 24; — angeblicher absoluter Charakter II. 294 (468); III. 348; — Frucht desselben II. 294; — drei Systeme seiner Entwicklung I. 81; — Ausgangspunkte und Urzustände I. 89; Entstehungsgeschichte desselben I. 94.
— russisches I. 41 (14a), 67 (29b), 123 (26), 124 (27a); II. 157 (205); IV. 105 (129d).
— slavisches I. 311 (219).
— subsidiäres II. 300.
Recht im subjectiven Sinn; — Begriff IV. 327; substantielles Moment des R. Der Willensformalismus IV. 329; Interesse, Gut, Werth IV. 339; Inhaltsmomente der Rechte II. 139; III. 366; IV. 339, 351; — Recht Willensmacht II. 293; — Quelle desselben I. 107, 220; II. 60, 61 (48); Unübertragbarkeit nach altem R. III. 436; — Einseitigkeit II. 295; — Unverletzlichkeit II. 67; — Rechte des ältern Privatrechts IV. 311—326.
Rechtlosigkeit der Fremden I. 226.
Rechtsbegriff I. 37; III. 363; historischer Charakter III. 347; IV. 312; — Kunstproducte IV. 181.
Rechtsgefühl II. 36; römisches I. 328; II. 68, 306.
Rechtsgeschäft IV. 134; formelles III. 474; formloses III. 475; formwidriges III. 488; einfaches, combinirtes IV. 136—139; simulirtes III. 528 (685); IV. 275; denaturirtes IV. 296; materielle Erfordernisse: Einfachheit des Verhältnisses IV. 139; Einheit der Handlung IV. 152; Präsenz des Thatbestandes IV. 159; Beschränkungen rücksichtlich der Zeit der Vornahme III. 673 (947); — Correspondenzverhältniß in der Structur des Processes und Rechtsgeschäftes IV. 134—140; — Concentration des Rechtsgeschäftes IV. 151; Simultaneität der Wirkungen IV. 174; Untheilbarkeit IV. 176; Gemeinschaftlicher Abschluß durch Mehrere IV. 154; Seitenstück zur actio IV. 178; nur in Rom vorzunehmende III. 667; Gegensatz des römischen und modernen [illegible] 177.
Rechtsinstitut I. 36; III. 360; zusammengesetzte IV. 182; Grundsatz der elementaren Einfachheit derselben IV. 178—205; selbständige, unselbständige, concrete, abstracte III. 344.
Rechtspflege, Interception der Magistrate II. 81; Verhältniß zur Verwaltung und Polizei II. 83.
Rechtsregeln: Nemo alieno nomine lege agere potest I. 203; nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest IV. 149, 319 (428), 322; — nihil tam naturale est quam eodem genere u. s. w. III. 626 (862); I. 28; latente I. 29; Differenz zwischen den formulirten und latenten I. 31, 35; — mit processualischer Function IV. 66, 78; — Verarbeitung derselben III. 354, 358.
Rechtsschutz, Bedürfniß, Grenze IV. 351.
Rechtsstoff, Vereinfachung desselben III. 329—333; logische Concentration III. 352; juristische Construction desselben III. 357.
Rechtsträger in Gemeinschaftsverhältnissen IV. 222 (juristische Person 225); testamentarischer IV. 248, s. Fiduciar.
Rechtsverhältniß II. 140; — Gedanke der Einseitigkeit in der Structur der Rechtsverhältnisse des alten R. IV. 199 (250).
Rechtswohlthat des Inventars IV 313.
Rechtszweck, s. Zweckmoment.
Recipere IV. 219 (270).
Redner, Unterschied vom Juristen III. 411, 412.
Reflexwirkung fremder Rechte IV. 339 (445).
Regula Catoniana IV. 162 (191).
Reihenfolge, vorgeschriebene, der Worte III. 591 (798c).
Reinigung von der Schuld durch die Strafe I. 277.
Reipersecutorische Klage, Gegensatz zur Pönalklage IV. 28, 40.
Reivindicatio, historischer Zusammenhang mit dem System der Selbsthülfe IV. Vorrede, Correspondenz zwischen der Begründung und

Digitized by Google

gerichtlichen Geltendmachung des Rechts III. 628 (866); — causa bei derſelben IV. 89 (103), IV. 105; Contravindicatio IV. 92; ein einziger Gegenſtand IV. 31; dinglicher und obligatoriſcher Charakter IV. 188; Haftung des Beklagten wegen dolus praeteritus und wegen der Früchte IV. 189, 190 (233); Verletzung der vindicirten Sache vor dem Proceß IV. 30 (10); deducto usufructu IV. 82; utilis IV. 198, 213 (265); — exceptio doli gegenüber der rei-vind. IV. 190; — Vereinfachung der Beweislaſt IV. 212; — Verhältniß zur actio Publiciana IV. 105; — Urtheil IV. 193; Execution IV. 195, 196 (244); — reiv. per sponsionem III. 559; II. 149.

Religion, Numa Gründer I. 95; Einfluß auf das Recht I. 266, 289, 294; ſecundäre Stellung I. 253; praktiſche Behandlung in ſpäterer Zeit I. 341; römiſche Religioſität I. 323; — Vergleich derſelben mit dem Recht I. 350 (247).

Remancipatio ſ. mancipatio.

Remissio mercedis bei öffentlichen Verpachtungen II. 300 (470).

Res corporales, incorporales III. 438 (601); mancipi I. 112, II. 163, 166 (o.); publicae IV. 348 (460), 360; religiosae IV. 348 (460), 360; res sacrae IV. 360; res extra commercium IV. 360; — res und persona als ſyſtematiſche Kategorien I. 268; III. 401.

Reſolutivbedingung IV. 168 (210), 213 (265).

Respondere III. 414 (572).

Restitutio II. 93, 304; propter capitis deminutionem III. 500; — der Minderjährigen IV. 213 (264); — natalium IV. 307 (422); — Naturalreſtitution im Proceß indirect erzwingbar IV. 256, arbitrium de re restituenda.

Retentionsrecht, älteſte Form IV. 70, 74.

Rex I. 252.

Richter, Vereinbarung der Parteien über ihn I. 169; — Kriterium der Selbſtändigkeit der Rechtspflege II. 20; Gebundenheit des altrömiſchen Richters II. 109; IV. 20; — Stellung zum Prätor II. 79; — Unumſtößlichkeit des richterlichen Urtheils II. 82 (o.); — Richteramt des Hausherrn II. 196.

Ring III. 565 (754).

Römer, Volk: Entſtehung nach der Sage I. 95; ſynkratiſtiſche Bildung I. 312; — angebliche Abſtammung von den Griechen I. 316; — Weſen des römiſchen Geiſtes I. 314, 318; — Prädeſtination zum Recht I. 327. —

Rogare, der Zeugen beim Teſtament I. 146 (u.); des Volks I. 216 (108); — in jure III. 613.

Romulus, Repräſentant des weltlichen Rechts I. 95; — Brudermord I. 286 (u.), 331.

Rückwirkende Kraft im geiſtlichen Recht III. 402 (552).

Rusticalſervituten, älteſte Art IV. 344 (453); — Gegenſatz zu den Urbanalſervituten II. 229 (357); Erwerb derſelben III. 534; durch Hausangehörige III. 534 (692).

S.

Sacertät I. 279, Fälle 280; I. 270 (167a).

Sachen, rechtliche Verſchiedenheiten II. 106—111. ſ. res; — Präponderanz derſelben im älteren R. III. 433; — Succeſſion in Sachen III. 436.

Sacra I. 269; II. 139 eine vermögensrechtliche Laſt; Befreiung von ihnen IV. 284.

Sacramentum I. 173, 132, 298 (206), 305, 306; II. 86 (84c); IV. 34; 195 Sacramentsproceß.

Sanctio legis IV. 236 (306).

Savigny I. 3, 12, 18.

Schadenserſatz, Geſichtspunkt der poena I. 139 (49); II. 110 abſolute und relative Aeſtimation desſelben.

Schatzerwerb III. 374.

Scheinacte, erzwungene III. 512 (676d).

Scheingang III. 506 (675).

Scheingeſchäft III. 512; Begriff

Digitized by Google

III. 528; IV. 277, 281, 283; — Wahrung des Scheines III. 532; — Ursprung IV. 288 (394); — Mechanismus IV. 290; im geistlichen u. öffentlichen Recht I. 351; III. 399 (545).
Schenkung, Form III. 486 (659); Auflage eines modus IV. 204 (259).
Schlagworte, terminologische II. 302 (u.); III. 587.
Schleichwege, juristische IV. 262.
Schlüssel, Symbol III. 566.
Scholle, Symbol, s. vindiciae.
Schriftlichkeit, Allgemeines III. 499, 593 (u.); — Ueblichkeit III. 594; — beim Votum III. 402, 597 (809).
Schüssel, Symbol III. 566.
Schuldenwesen in älterer Zeit II. 257.
Schuldknechtschaft II. 153; vertragsmäßige II. 155 (200).
Schuldmoment als Maßstab für die Würdigung des Unrechts I. 127.
Schulerklärungen der römischen Juristen IV. 322.
Schwert, Symbol III. 564.
Secare in partes s. Personalexecution.
Selbständigkeitstrieb des R. II. 19—28; — innere Selbständigkeit des R., Ausscheidung fremdartiger, besonders religiöser, moralischer, politisch-ökonomischer Elemente II. 50—62.
Selbstbestimmung als Aufgabe des Rechts II. 24.
Selbsthülfe, System derselben in der Urzeit I. 118; — Formen und Umfang der legalen Selbsthülfe I. 150; — Verbot derselben I. 166 (69b).
Selbstsucht, nationale, der Römer I. 319, 325.
Selbstverwaltung, politische II. 135.
Senat, Bestimmung I. 249; — staatsrechtliche Stellung II. 281. — Gebrauch des Conjunctivs und Infinitivs III. 608, 609.
Senatus consultum: Claudianum IV. 269 (349); — Macedonianum III. 491; — Beseitigung seiner Wirkung durch Eid; — Pegasianum IV. 278; IV. 314 historischer Character der Rechtsbegriffe; — Persicianum IV. 269 (349); — Trebellianum IV. 314; — Vellejanum III. 491. Beseitigung seiner Wirkung durch Eid.
Senex coemtionalis IV. 285 (387).
Servi publici II. 248 (382a); IV. 252 (323), s. Sklaven.
Servituten II. 229, III. 341; — Bestellung von Urbanal- und Personalservituten nur in Rom III. 667; — mittelst deductio IV. 143; — Seitens mehrerer Miteigenthümer in einem Akte IV. 154 (185). s. auch Prädialservituten, Rusticalservituten und Ususfructus.
Servitus in faciendo consistere nequit IV. 201; — servitus fundo utilis esse debet IV. 345; — zulässiger Inhalt IV. 338 (444).
Sestertius nummus unus III. 548.
Si agnatus nec escit III. 456.
Si intestato moritur, Satz der XII Tafeln III. 456.
Silex III. 511 (676c).
Simulirte Geschäfte IV. 282, s. auch Rechtsgeschäfte.
Simultane Entstehung des Rechtsgeschäfts IV. 160.
Singularsuccession III. 436.
Sinnliches Element des ältern R. III. 420.
Si pater filium ter venunduit II. 184; III. 458.
Sitte, die Selbstbeschränkung der Freiheit II. 308; — Macht derselben II. 143; auf dem Gebiet des Familienrechts II. 172 (Sklaven), 201, 203 (Frau), 211 (Kinder); des öffentlichen R. II. 274; s. Recht.
Sittlichkeit II. 295; Schutz durch den Censor II. 52.
Sklaven, rechtliche Gestalt des Verhältnisses II. 166; — Gestalt im Leben II. 173; — socialer Einfluß II. 242, 246; — Sklaven als Stellvertreter IV. 253; — Einsetzung zu Erben, Stellung im Testament III. 451; — Zweck IV. 249, 250, 273.
Sociale Frage in Rom II. 237.

Digitized by Google

Societas omnium bonorum II. 102 (102a); — societas Vereinbarung über den demnächst zu Grunde zu legenden Taxwerth der Sache II. 114 (119); — IV. 203.
Sold II. 254.
Soldat II. 101 (101); III. 417.
Solenne, sprachliches III. 584 (794).
Sparsamkeit, logische, der Jurisprudenz IV. 242.
Specification III. 428 (586), 387; IV. 319 (429), 323 (433) Gesichtspunkt der Herrenlosigkeit.
Speculation, juristische III. 387.
Speer, Symbol I. 113; III. 506 (u.), 564 (u.).
Spiele, Klagbarkeit IV. 343 (452), öffentliche II. 252.
Spolienklage III. 466 (635); IV. 320 (430).
Sponsalia, Klaglosigkeit derselben II. 223 (346); IV. 169.
Sponsio I. 303 (211a); III. 555 (739), 559 (748), 593 (800); — praejudicialis II. 86 (84e); III. 552, 530 (686); IV. 257; — tertiae partis II. 117 (133), 225 (351); — für eine zukünftige Schuld nicht möglich IV. 164 (202).
Sprache, lateinische, bei Rechtsgeschäften III. 593 (800); — juristische Individualisirung mittelst der sprachlichen Formen III. 601.
Sprechen beim Rechtsgeschäft III. 594; — zur Constatirung des Handelns III. 563.
Staat, altrömischer: Standpunkt der subjectivistischen Anschauung I. 209; — Zusammenhang mit Familie und Wehrverfassung I. 181; — Aufgabe desselben der Freiheit des Individuums gegenüber II. 194, 219; — Sorge desselben für das Wohl des Individuums II. 234, 259.
Staatsansprüche, Realisirung derselben I. 162; II. 83.
Staatsrecht, Privatrecht, Gegensatz in der Behandlung II. 286.
Staatsverfassung der Römer, eine Wehrverfassung I. 245; — militärische Eintheilung des Volkes I. 247; — Elasticität der öffentlichen Gewalten II. 287 (457); — System der Vitiosität der politischen Akte IV. 230; — Verfassungsmäßigkeit der Gesetze IV. 235.
Stadtmauern, Unverletzlichkeit derselben I. 287.
Stadtrecht, das alte Recht III. 672.
Stadt Rom, Concentration, Einfluß auf das Recht I. 339; — Vornahme bestimmter Akte in Rom I. 351; III. 667.
Stahl I. 18; II. 29 (20); III. 350 (499); IV. 199.
Statuliber II. 169, 170 (235).
Stellvertretung, Unstatthaftigkeit nach altem R. IV. 176; — Ausnahme bei dem agere pro tutela II. 106 (111); — Surrogate derselben IV. 252; — logische Unmöglichkeit derselben bei Obligationen IV. 319 (427); — beim Eide eines flamen dialis I. 352; — direkte Stellvertretung des heutigen R. IV. 320.
Steuerwesen II. 83.
Stiftungen IV. 359 (468a).
Stipulatio III. 485, 555; IV. 218; — Einfachheit des Gegenstandes im alten R. IV. 145 (181); — Einheit des äußern Aktes bei ihr IV. 153 (184); — Ursprung nicht aus der nuncupatio der mancipatio III. 550 (730); — in fremder Sprache III. 593 (801); — Anwendungsgebiet III. 559; — dupli II. 114 (119; — prätorische Stipulationen II. 114 (120); — eine abstracte Obligation IV. 217; — Obligationen des älteren R. von wesentlich einseitiger Art IV. 201.
Strafe, öffentliche, der ältesten Zeit I. 278; — Auffassung derselben als religiöses Sühnemittel, als Privatgenugthuung, als Ausübung der Strafgewalt des Staates I. 78, 265. Privatstrafe s. poena.
Strafgewalt der Gens I. 191; — des Volks I. 212; II. 46; — des Königs I. 255; — des Pontifex maximus I. 276; — des Hausherrn II. 183, 196, 212.
Strafklage s. Pönalklage.
Strafproceß, älterer II. 46; —

Digitized by Google

Milderungen in späterer Zeit II. 136.
Strafrecht, älteres, religiöser Charakter I. 275; — mangelnde Fixirung des Strafrechts der Republik II. 45.
Stumme, Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften III. 487 (659a), 598 (813).
Styl, juristischer Kunststyl der verschiedenen Perioden III. 380; — pontificischer III. 397; — sprachlicher der römischen Gesetze, Senatsbeschlüsse, Edicte III. 603.
Subject der Rechte, Bestimmung desselben III. 366.
Substantielles Moment des subjectiven R. IV. 339.
Substitution (eine ungültige directe, als gültige fideicommissarische aufrechterhalten) IV. 278 (378); — substitutio pupillaris IV. 335 (441a).
Successio graduum III. 461, 457; — in die Sache, nicht in das Recht III. 436.
Successive Perfection des Rechtsgeschäftes IV. 160.
Succumbenzgeld I. 132; 270; II. 86 (84c) von der Staatsbehörde unmittelbar gegen den Schuldner beigetrieben.
Summariissimum III. 466 (635).
Summum jus summa injuria II. 91 (91); III. 449 (612).
Superficies, Structur IV. 139 183 (229) Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elements.
Superstites I. 144 (55); III. 574.
Supplicium I. 278 (183).
Symbole des römischen R. und Lebens III. 564.
Syngrafa für die Peregrinen IV. 220.
Syntax in der juristischen Geschäftssprache III. 615.
Systematik, juristische, Werth derselben III. 330.

T.

Tabulae, s. Schriftlichkeit.
Tafeln, die zwölf; s. diese II. 41, 62, 67; III. 633; — die einzelnen Sätze s. an den betreffenden Stellen nach den Anfangsworten citirt.
Talion I. 133, 136, 138.
Talmud I. 17; II. 195 (297).
Taube, Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften in alter Zeit III. 487 (659a), 598.
Tauschperiode III. 432 (595).
Tauschverkehr III. 435.
Technik, juristische, allgemeine III. 309; praktische Bedeutung III. 326; — die drei Fundamentaloperationen derselben, Analyse, Concentration, Construction III. 334 flg.; — die altrömische III. 390.
Tempus continuum, utile II. 109, 110 (115a).
Terminologie, juristische III. 331.
Testament — in comitiis calatis I. 145, 220; — Öffentlichkeit der Errichtung III. 500; II. 14, 148; — Vornahme in Rom III. 667; ein form. Geschäft III. 525; III. 673 (947); — IV. 148. — per aes et libram III. 528, 533, 535, IV. 244, IV. 294, 312 (426), I. 148. — in procinctu II. 101 (101); Mitwirkung des Heeres bei der Errichtung III. 525; — Comitialtestament IV. 313 (426) Uebergang von ihm zum Mancipationstestament; — Schriftlichkeit III. 594; Versiegelung IV. 155 (186a); — Einfluß der Zeugen auf den Testator II. 148; — imperativische Form I. 146 (u.); III. 606 (824); — Universalrechtsgeschäft IV. 147; — schwebendes Geschäft, Unentbehrlichkeit der Bedingung IV. 170; nothwendige Fortdauer der testamenti factio IV. 172; — dies ex quo IV. 175 (222); — Testamentsexecutoren, römische Form IV. 247; — ruri und tempore pestis conditum III. 488 (660); — ruptum IV. 173.
Testimonium domesticum III. 535 (695).
Testirfähigkeit der Frauenzimmer II. 105 (109).

Digitized by Google

Teſtirfreiheit II. 226 (353); — IV. 149 Beſchränkung derſelben durch die Regel nemo pro parte.

Testis, Hypotheſe über die älteſte Function desſelben I. 142; — Geſchäfte vor Zeugen III. 525 (682); —Aufforderung an ſie III. 544 (722).

Thatbeſtand, Zuſchnitt zum Zweck des Beweiſes IV. 206; analytiſche Vereinfachung IV. 207.

Theilbarkeit des Grundeigenthums II. 150.

Thesaurus, Conſtruction des R. des Grundeigenthümers III. 374 (515b).

Titulus putativus bei der Uſucapion III. 430.

Topographie, juriſtiſche, Roms III. 666 (926).

Traditon der res mancipi, praktiſcher Zweck IV. 261; — in incertam personam III. 376 (518), 379 (521); — condictio wegen mangelhafter causa IV. 213.

Traditio I. 110; longa manu III. 429; brevi manu III. 316 (474).

Transitio ad plebem IV. 296 (401).

Tribun II. 266 Machtfülle der Magiſtratur.

Tripartita des Aelius III. 637 (880).

Tutela II. 267 (420), 296; — Intereſſe des Vormundes daran III. 462; — ſittliche Verpflichtung IV. 200 (253); — cessitia III. 537 (700); — tutela legitima, ihr Untergang durch coemptio IV. 286; in jure cessio derſelben IV. 287; — mulierum II. 189; Tendenz das Vermögen der Familie im Mannsſtamm zu erhalten II. 148 (163); III. 537; — impuberum II. 105; — agere pro tutela II. 106 (111); — Zwang der Agnaten zur auctoritas bei Eingehung der Manusehe IV. 286 (390); IV. 280 (381).

Tutor II. 106; — Atilianus IV. 312 Dativtutel.

Tutoris auctoritas IV. 155; datio, Form III. 606 (826); Stellung im Teſtament III. 620 (857), 622 (861).

U.

Umgehung bei Rechtsgeſchäften III. 453 (620); — bei Geſetzen III. 468 (640); IV. 264 (339); der Wuchergeſetze IV. 273 (369).

Umwege in der Religion I. 351; im Recht IV. 246, 262, 277.

Unbeſtimmtheit des Inhalts der Rechtsgeſchäfte bei Abſchluß derſelben IV. 165 (204); der Perſon bei Verſprechungen IV. 165 (206), 252 (323); bei teſtamentariſchen Zuwendungen IV. 250; der Deſtinatäre bei Stiftungen IV. 355; bei Corporationen IV. 222.

Unbilligkeit II. 93.

Unförmliche Rechtsgeſchäfte ſ. formwidrige.

Ungleichheit und rechtliche Verſchiedenheit II. 95.

Univerſalität des Rechts I. 9; — angebliche des römiſchen II. 294; ſ. abſolut.

Univerſalſucceſſion III. 436.

Unmündige, Schutz derſelben IV. 121.

Unrecht, objectives, ſubjectives I. 126.

Unterſuchungshaft II. 136 (147).

Unübertragbarkeit der Rechte (Obligationen, Servituten, Erbſchaft, Mancipium) III. 437.

Urbanalſervituten IV. 344 (454); ſ. Prädialſervituten.

Urtheil des Richters I. 173; III. 605; Erſtreckung auf zukünftige Leiſtungen durch cautio IV. 255; auf Naturalleiſtung IV. 256; — ſchriftlich und mündlich III. 597 (810).

Uſucapion III. 430 (592); — der Erbſchaft III. 464 (634); — pro herede I. 294 (200); — Ausſchließung derſelben bei den Servituten IV. 322 (431a).

Usurae ſ. Zinſen; — rei judicatae II. 115 (125); — supra alterum tantum II. 116 (126).

Usurpatio II. 193; III. 567 (757).

Usus bei der Ehe II. 193 (294); — publicus, Recht des Gemeingebrauchs IV. 348 (458).

Ususfructus Structur IV. 139, 183; — ex die IV. 175 (221); — deductio IV. 82 (89).

Digitized by Google

Uti legassit super pecunia II. 65 (53); III. 460.
Utilitas Verhältniß zur ratio juris III. 365, 386 (528a).

V.

Vades IV. Vorrede u. 193 (240a).
Vakuf des türkischen R. I. 236 (130b).
Väterliche Gewalt IV. 199. f. patria potestas.
Veräußerlichkeit des Eigenthums II. 149.
Veräußerungsverbot, Wirkung im älteren R. II. 150 (Widmung einer streitigen Sache an den Tempel; fundus dotalis). — Abstufung IV. 348.
Verba contraria III. 627 (863); solennia, certa, concepta III. 584 (794).
Verbalformen, juristischer Gebrauch III. 603.
Vereinfachung des Rechts, quantitative, qualitative III. 327, 329.
Verhaftung des Angeklagten durch Intercession eines Tribunen abwendbar II. 136 (147).
Verkauf s. Kaufcontract.
Verlöbniß s. Sponsalien.
Vermögen, psychologische Schätzung desselben nach der Schwierigkeit des Erwerbes I. 134; Bestimmung desselben für die Person IV. 331, 334.
Vermögensfähigkeit der Hauskinder III. 357.
Verpfändung IV. 349 (461); zukünftiger Sachen IV. 169. f. pignus. Verpfändung der eigenen Sache des Gläubigers nicht möglich IV. 67 (49).
Verpflichtung s. obligatio.
Verschuldung I. 127.
Versprechen III. 613; — an unbestimmte Personen, Form IV. 251; — wörtliches Nachsprechen III. 596.
Vertheidigung im Proceß, Nothwendigkeit ihrer Organisation IV. 48; — in Form der Klage IV. 110.
Vertrag, Bedeutung für die Entwicklungsgeschichte des gesammten R. I. 224 (o.), 235 (o.).
Verträge des jus gentium, formlose III. 522; — abschließbar unter Abwesenden IV. 144; III. 664; über res propria IV. 67 (49); — s. contractus.
Verunreinigung I. 277 (181).
Verwandte, Zuziehung derselben beim Familiengericht II. 214.
Vestalin, Privilegien II. 97 (100); — Raub derselben I. 113 (17a); III. 403 (554).
Vicarius des Sklaven II. 180 (264).
Videri als technischer Ausdruck III. 610 (832).
Vindex, libertatis I. 132 (35), 153.
Vindicatio I. 163 (69); IV. Vorrede; — in servitutem I. 155; — incertae partis IV. 76 (77); — einer Heerde IV. 31 (13), 38 (22); — von verbautem Baumaterial, actio de tigno juncto III. 373. s. auch reivindicatio.
Vindicationslegat, Formel III. 623 (861b); Erforderniß des Eigenthums des Testators am Object desselben IV. 78 (80); IV. 198.
Vindicationsproceß IV. 102 (129*) causa expressa; contravindicatio IV. 96, 99 (122); IV. 100 (126).
Vindicien IV. 104 (129c); IV. 192 (240); II. 86 (84d).
Vindicta, Rache I. 129 (28b); — Stab I. 113, 163(u.); III. 506 (674).
Vir, virtus I. 115 (23).
Virginia, Proceß über sie IV. 97(119).
Vis I. 115; — civilis, festucaria I. 163 (u.).
Vitiosität, staatsrechtlicher Akt IV. 225.
Volk, militärische Gliederung I. 248; — Erwerb oder Gewährung des Eigenthums durch dasselbe III. 573; — Ausübung der Polizei I. 211; der Justiz s. Lynchgesetz; — angebliche Omnipotenz II. 74.
Vormundschaft II. 267 (420); Verhältniß des Vormunds zum Mündel, im neuern R. ein gegenseitiges IV. 199; — cautio rem pupilli salvam fore IV. 253; — das substantielle Moment des Rechts bei Bevormundeten IV. 335 (441a).
Votum, Bedingung III. 402 (550);

Digitized by Google

— Aufzeichnung III. 597 (809); — Ausbildung desselben durch das geistliche Recht I. 294 (100).

W.

Wahl der Beamten IV. 230.
Wasser, Symbol der Reinh. I. 288 (o.)
Wechsel, Valutaclausel, abstracte Obligationen IV. 218.
Wegebaulast II. 117 (134) lex Julia municipalis.
Wehrverfassung als Staatsform I. 181 (u.), 247.
Werth, als Voraussetzung des Rechts IV. 340 (447); — Werthmaßstab der älteren Zeit III. 431; — s. aestimatio.
Wette, Klagbarkeit IV. 343 (452).
Widerklage oder Nachklage im alten Proceß IV. 49.
Wille, ethische Aufgabe desselben im R. II. 128; — das subjective Recht, Willensherrschaft II. 139; — einseitige Betonung des Willensmomentes für dasselbe IV. 329 (437); — Bedeutung desselben IV. 349; — Princip des subjectiven Willens als Urquell des römischen Privatrechts I. 107; — das objective R. als Wille IV. 328.
Wirthschaftliches II. 74, 234; III. 431.
Wort, Erforderniß III. 577; — Haften am Wort III. 441; — Fortdauer des Wortes nach Untergang der Sache III. 514; — Wortfolge, Regeln III. 616.
Wortinterpretation s. Interpretation.
Wuchergesetze, Umgehung IV. 273 (369), 118 (153), 111 (133); II. 152.

Z.

Zahl, feste, technischer Werth III. 328 (o.); I. 54.
Zauberspräche, Verbot III. 442 (609).
Zehnte I. 270 (166).
Zeit, Berechnung der Fristen II. 109 (u.); — Bedeutung des Moments der Zeit für die Geschichte I. 60, 69; — für die Vornahme der Rechtsgeschäfte III. 673; — Zeitersparniß als Motiv der Rechtsänderung IV. 131 (167a).
Zersetzung s. Analyse.
Zeugen s. testis und superstites.
Zinsen II. 74, 153 (170); IV. 119; — Zinsversprechen II. 152.
Zwang, Folgen desselben II. 304 (471).
Zweck, Stellung in der Formel III. 621.
Zweckmäßigkeitsidee, das Prisma römischer Anschauung I. 322 (225).
Zweckmoment im Recht III. 364; IV. 260, 337.
Zwölftafelngesetz II. 41, 62, 67; III. 633. Die einzelnen Sätze s. unter den Anfangsworten.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Nov 5

3 2044 055 043 509

This book should be returned to the Library on or before the last date stamped below.

A fine of five cents a day is incurred by retaining it beyond the specified time.

Please return promptly.

WIDENER
FEB 10 2004
JAN 28 2004
BOOK DUE
CANCELLED

~~MAR 3 '41~~

~~JUL DEC 26 '41~~

~~DUE JUL 6 '42~~

~~DUE SEP 4 '42~~

~~JUL MAY 12 '44~~

JUN 27 '44

WIDENER
WIDENER
SEP 21 - 1 2006
BOOK DUE
CANCELLED

FOR USE IN
BUILDING

Digitized by Google

Digitized by Google